



1977 Volume 2

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour Suprême du Canada

Editors

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

JOHN J. YOUNG, B.L.

RÉJEAN PATRY, B.A., LL.L.

Arrêtistes

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

JOHN J. YOUNG, B.L.

RÉJEAN PATRY, B.A., LL.L.

Published pursuant to the Statute

by GÉRARD BERTRAND, Q.C.,

Registrar of the Court

Publié conformément à la Loi

par GÉRARD BERTRAND, c.r.,

Registraire de la Cour

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

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

The Honourable RONALD MARTLAND.

The Honourable WILFRED JUDSON.

The Honourable ROLAND A. RITCHIE.

The Honourable WISHART FLETT SPENCE.

The Honourable LOUIS-PHILIPPE PIGEON.

The Honourable ROBERT GEORGE BRIAN DICKSON.

The Honourable JEAN BEETZ.

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

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

The Honourable S. R. BASFORD, Q.C.

SOLICITOR GENERAL OF CANADA

The Honourable F. FOX, Q.C.

MEMORANDA

On the 20th day of July, 1977, the Honourable WILFRED JUDSON, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, upon attaining the age of seventy-five years, retired from the Bench.

On the 29th day of September, 1977, the Honourable WILLARD ZEBEDEE ESTEY, Chief Justice of Ontario, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

On the 1st day of October, 1977, the Honourable LOUIS-PHILIPPE DE GRANDPRÉ, C.C., a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

On the 1st day of October, 1977, YVES PRATTE, one of Her Majesty's Counsel, learned in the law, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

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

L'honorable RONALD MARTLAND.

L'honorable WILFRED JUDSON.

L'honorable ROLAND A. RITCHIE.

L'honorable WISHART FLETT SPENCE.

L'honorable LOUIS-PHILIPPE PIGEON.

L'honorable ROBERT GEORGE BRIAN DICKSON.

L'honorable JEAN BEETZ.

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

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

L'honorable S. R. BASFORD, c.r.

SOLLICITEUR GÉNÉRAL DU CANADA

L'honorable F. FOX, c.r.

MEMORANDA

Le 20 juillet 1977, l'honorable WILFRED JUDSON, juge puîné de la Cour suprême du Canada, ayant atteint l'âge de soixante-quinze ans, a pris sa retraite.

Le 29 septembre 1977, l'honorable WILLARD ZEBEDEE ESTEY, juge en chef de l'Ontario, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

Le 1^{er} octobre 1977, l'honorable LOUIS-PHILIPPE DE GRANDPRÉ, C.C., juge puîné de la Cour suprême du Canada, a démissionné.

Le 1^{er} octobre 1977, YVES PRATTE, un des conseillers juridiques de Sa Majesté, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

ERRATUM

Page 555, line 16 of English version. Read “Barbès
J.” instead of “Deschênes J.”.

Page 555, ligne 18 de la version française. Lire
«juge Barbès» au lieu de «juge Deschênes».

MOTIONS—REQUÊTES

- Acoby v. R.* (Man.), leave to appeal refused, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée.
- Adams et al. v. McLeod et al.* (Alta.), leave to appeal granted, 17.10.77, autorisation d'appeler accordée.
- Alberta Housing Corp. v. Orysiuk* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Alberta Union of Provincial Employees et al. v. Public Service Grievance Board et al.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 21.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Alker v. Brooks* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 7.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Ancil v. Gazette Printing Co. Ltd. et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Anderson Lumber Co. Ltd. v. Canadian Conifer Ltd.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Arcand et al. v. Commission Scolaire Régionale des Vieilles Forges* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Arnold v. Minister of Manpower and Immigration* (F.C.A.), leave to appeal refused, 7.11.77, autorisation d'appeler refusée.
- Audette et al. v. Corporation de l'Hôtel-Dieu de Salaberry de Valleyfield* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 16.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- A.G. of Canada v. Bell* (N.S.), notice of discontinuance filed, 2.9.77, avis de désistement produit.
- A.G. of Newfoundland v. Bell* (N.S.), notice of discontinuance filed, 19.9.77, avis de désistement produit.
- A.G. for Ontario et al. v. Municipality of Metropolitan Toronto* (Ont.), leave to appeal granted, 6.10.77, autorisation d'appeler accordée.
- A.G. for Ontario et al. v. Regional Municipality of Peel* (Ont.), leave to appeal granted, 6.10.77, autorisation d'appeler accordée.
- Bateman v. McKay et al.* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Bell v. R.* (Ont.), leave to appeal granted, 17.10.77, autorisation d'appeler accordée.
- Bergeron v. Dubois* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 5.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Boissonneault v. Workmen's Compensation Board* (N.B.), leave to appeal refused with costs, 21.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Boiteau Inc. v. Béliveau* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 6.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Bolling et al. v. Public Service Staff Relations Board* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 5.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Boychuk et al. v. A.G. for Saskatchewan et al.* (Sask.), leave to appeal refused, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Caccamo v. Minister of Manpower and Immigration* (F.C.), leave to appeal refused, 18.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Canadian Home Assurance Co. v. Nicholievich* (Man.), leave to appeal granted, 5.12.77, autorisation d'appeler accordée.

- Canadian Laboratory Supplies Ltd. v. Engelhard Industries of Canada Ltd.* (Ont.), leave to appeal granted, 17.10.77, autorisation d'appeler accordée.
- Canadian National Railway Co. v. Workers' Compensation Board* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 7.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canadian Transport Commission et al. v. Canadian Pacific Ltd.* (F.C.A.), leave to appeal granted, 14.12.77, autorisation d'appeler accordée.
- Cardiniere Atlantic Investment and Shipping Co. S.A. v. Nicholievich* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 5.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Chan et al. v. Minister of Manpower and Immigration* (F.C.A.), leave to appeal refused, 5.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Chiacchieri v. R.* (Ont.), leave to appeal refused, 8.11.77, autorisation d'appeler refusée.
- Church of Scientology of British Columbia v. Radio NW Ltd. et al.* (B.C.), leave to appeal refused with costs, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Communauté Urbaine de Québec v. Maison Simons Ltée* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Conklin Jr. v. Smith et al.* (B.C.), leave to appeal granted, 30.11.77, autorisation d'appeler accordée.
- Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler & Machinery Ins. Co.* (Qué.), leave to appeal granted, 19.12.77, autorisation d'appeler accordée.
- Continental Insurance Co. et al. v. Lionel Furs Ltd.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 5.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Cossette v. Procureur général du Québec* (Qué.), leave to appeal refused, 8.11.77, autorisation d'appeler refusée.
- Cotroni v. Commission de Police du Québec* (Qué.), motion to vary refused, 17.10.77, requête en rectification d'une ordonnance de libération refusée.
- Croweagle v. R.* (B.C.), leave to appeal refused, 4.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- D'Auteuil Lumber Co. Ltd. v. Minister of National Revenue* (Exch. Ct.), notice of discontinuance filed, 15.7.77, avis de désistement produit.
- De Gorter v. Laflamme* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 16.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- De Luca v. Borgonsoli* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Dennis v. Peaslee* (Ont.), notice of discontinuance filed, 27.10.77, avis de désistement produit.
- Desjardins v. R.* (Ont.), leave to appeal refused, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Devley Mfg. Ltd. et al. v. Cardwell* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Diotte et al. v. Corporation Municipale de Masson* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 6.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Dominion Bridge Co. Ltd. v. R.* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Dominion Securities Corporation Harris & Partners Ltd. v. Lawson* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 20.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. McConnell et al.* (Ont.), leave to appeal granted, 5.10.77, autorisation d'appeler accordée.
- Dwyer v. R.* (Ont.), leave to appeal refused, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée.

Eaton(T.) Co. Ltd. et al. v. Smith et al. (Ont.), a rehearing is directed limited to the issue of whether the co-defendant May Catherine Vickers, Executrix of the Estate of the late William F. Friel is entitled to the benefit of the covenants to insure given by the lessors Smith and Tuck in their respective leases with the defendant T. Eaton Company Limited subject to the following terms:

- (1) the applicants for the rehearing will pay the costs of the appellants T. Eaton Company Limited and the Executrix in any event;
- (2) no relief will be sought against T. Eaton Company Limited; and
- (3) if the Executrix is not entitled to the benefit of the covenants aforesaid, the applicants' remedy against Friel's estate will be restricted to that provided as against Friel's liability insurer, if any, as provided by s. 106 of the Ontario Insurance Act.

30.9.77, nouvelle audition est ordonnée se limitant à la question de savoir si la codéfenderesse May Catherine Vickers, exécutrice de la succession de feu William F. Friel, a le droit de se prévaloir des stipulations d'assurance souscrites par les bailleurs Smith et Tuck dans leurs baux respectifs avec la défenderesse T. Eaton Company Limited, sous réserve de ce qui suit:

- (1) les requérants à la nouvelle audition paieront les dépens des appelantes, T. Eaton Company Limited et l'exécutrice, quelle que soit l'issue de la cause;
- (2) aucun redressement ne sera demandé à l'encontre de T. Eaton Company Limited; et
- (3) si l'exécutrice n'a pas le droit de se prévaloir des stipulations d'assurance susmentionnées, le redressement des requérants contre la succession de Friel sera limité à ce que prévoyait l'assurance responsabilité de ce dernier, le cas échéant, aux termes de l'art. 106 de The Ontario Insurance Act.

Edmonton (City) v. Hunter et al. (Alta.), leave to appeal refused with costs, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

E.H.D. Investments Ltd. v. Steiner et al. (Alta.), leave to appeal refused with costs, 14.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Emms v. R. et al. (F.C.A.), leave to appeal granted, 21.11.77, autorisation d'appeler accordée.

Ernewin v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), leave to appeal granted, 20.12.77, autorisation d'appeler accordée.

Erven v. R. (N.S.), leave to appeal granted on the following question of law:

Did the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, err in holding that the trial judge did not err in refusing to hold a *voir dire* in respect of the voluntariness of statements allegedly made by the accused to officers of the Royal Canadian Mounted Police on August 21 and August 27, 1974 and in admitting such statements accordingly?

17.10.77, autorisation d'appeler accordée sur la question de droit suivante:

La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a-t-elle erré en statuant que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur en refusant d'accorder un «*voir dire*» relativement à la spontanéité des déclarations prétendument faites par l'accusé à des agents de la Gendarmerie royale du Canada les 21 et 27 août 1974 et, partant, en admettant ces déclarations en preuve?

Ezoua v. Minister of Manpower and Immigration (F.C.A.), leave to appeal refused, 5.10.77, autorisation d'appeler refusée.

Findlay v. R. (Ont.), leave to appeal refused, 21.11.77, autorisation d'appeler refusée.

Firkins v. R. (B.C.), leave to appeal refused, 4.10.77, autorisation d'appeler refusée.

Flin Flon School Division No. 46 v. Wheaton (Man.), leave to appeal refused with costs, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Fred Morton Holdings Ltd. v. Davis (Man.), leave to appeal granted, 19.12.77, autorisation d'appeler accordée.

French v. R. (Ont.), leave to appeal is granted on 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:

... 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.

8.11.77, autorisation d'appeler est 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:

... 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.

- Gallop v. Co-Operators Ins. Assoc. (Guelph) (Ont.)*, leave to appeal refused with costs, 5.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun and British Columbia Rights Commission v. Vancouver Sun and Gay Alliance Toward Equality (B.C.)*, applications for leave to appeal granted subject to reserve as to the standing of the British Columbia Rights Commission. Costs in the cause, 14.12.77, requêtes pour autorisation d'appeler accordées sous réserve de la qualité pour agir de la British Columbia Rights Commission. Dépens à suivre.
- Government of British Columbia represented by the Public Service Commission of British Columbia v. Registered Psychiatric Nurses' Assoc. of British Columbia et al. (B.C.)*, leave to appeal granted, 17.10.77, autorisation d'appeler accordée.
- Great Atlantic & Pacific Tea Co. Ltd. v. R. (F.C.A.)*, leave to appeal granted, 19.12.77, autorisation d'appeler accordée.
- Groves-Raffin Construction Ltd. et al. v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al. (B.C.)*, notice of discontinuance filed, 25.11.77, avis de désistement produit.
- Guérin v. White (Qué.)*, leave to appeal refused with costs, 7.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Harellin v. University of Regina (Sask.)*, leave to appeal granted, 14.12.77, autorisation d'appeler accordée.
- Henry v. R. (Man.)*, leave to appeal refused, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission (N.B.)*, leave to appeal granted, 5.12.77, autorisation d'appeler accordée.
- Horvat v. Merrick (Ont.)*, leave to appeal refused with costs, 16.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Hull (Cité) v. Syndicat des Employés municipaux de la Cité de Hull Inc. (Qué.)*, leave to appeal granted, 8.11.77, autorisation d'appeler accordée.
- Industrial Fasteners Ltd. v. Washburn Wire Co. (Qué.)*, notice of discontinuance filed, 4.10.77, avis de désistement produit.
- Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board (F.C.A.)*, leave to appeal refused with costs, 5.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Jack et al. v. R. (B.C.)*, leave to appeal granted, 4.10.77, autorisation d'appeler accordée.
- Jackson v. R. (Ont.)*, leave to appeal refused, 5.12.77, autorisation d'appeler refusée.
- Jarry v. Londei et al. (Qué.)*, leave to appeal refused with costs, 5.12.77, autorisation d'appeler refusé avec dépens.
- Jones v. A.G. of Canada et al. (F.C.A.)*, leave to appeal refused, 8.11.77, autorisation d'appeler refusée.
- Joseph v. R. (Ont.)*, leave to appeal refused, 5.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Judge v. Tomasso (Qué.)*, leave to appeal refused with costs, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Karam et al. v. National Capital Commission (F.C.A.)*, leave to appeal refused, 23.11.77, autorisation d'appeler refusée.
- Kay v. Minister of National Revenue (Exch. Ct.)*, notice of discontinuance filed, 5.8.77, avis de désistement produit.
- Kennedy v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)*, order made on December 5, 1977 (dismissing the motion) confirmed, 19.12.77, ordonnance en date du 5 décembre 1977 (refusant la requête) confirmée.
- Khan v. Minister of Manpower and Immigration et al. (F.C.A.)*, leave to appeal refused, 7.11.77, autorisation d'appeler refusée.

- Kirmse v. Kirmse* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 5.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Kiss v. Gorog et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 16.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Kowall & Micallef Ltd. v. Tanenbaum et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Lacerte et al. v. Hinse* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 18.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Langlois v. Beaulne* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 6.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Lantos v. Lantos* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 5.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Lapointe v. R.* (Qué.), leave to appeal refused, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Laserich et al. v. R.* (N.W.T.), leave to appeal refused, 4.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Leblanc v. Laverdure et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Lemieux v. R.* (Ont.), leave to appeal refused, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Maharaj v. Minister of Manpower and Immigration* (F.C.A.), leave to appeal refused, 5.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Manitoba Fisheries Ltd. v. R.* (F.C.A.), leave to appeal granted, 19.12.77, autorisation d'appeler accordée.
- Markle v. R.* (Alta.), leave to appeal refused, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée.
- Marshall v. R.* (Ont.), leave to appeal refused, 5.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Martin v. R.* (Ont.), leave to appeal refused, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Mathers v. R.* (Qué.), leave to appeal refused, 18.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Mayberry Developments Ltd. v. Toronto-Dominion Bank* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 21.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Mezei v. R.* (Alta.), leave to appeal refused, 21.11.77, autorisation d'appeler refusée.
- Metz v. R.* (Man.), notice of discontinuance filed, 28.12.77, avis de désistement produit.
- Miller v. The Queen et al.* (F.C.A.), notice of discontinuance filed, 20.9.77, avis de désistement produit.
- Mollot v. Monette* (Qué.), leave to appeal granted, 19.12.77, autorisation d'appeler accordée.
- Monarch Holdings Ltd. v. Corporation of the District of Oak Bay et al.* (B.C.), leave to appeal refused with costs, 5.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Monsanto Co. v. Commissioner of Patents* (F.C.A.), leave to appeal granted, 16.11.77, autorisation d'appeler accordée.
- Morin et al. v. Voisard* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 8.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Morris v. R.* (N.B.), leave to appeal granted, 6.10.77, autorisation d'appeler accordée.
- Morrison et al. v. Perry* (Alta.), notice of discontinuance filed, 12.9.77, avis de désistement produit.
- Murray v. Davies et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 21.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- MacDonald v. Cook* (Ont.), leave to appeal refused, 6.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- McDonald v. New Brunswick Electric Power Commission* (N.B.), leave to appeal granted, 5.12.77, autorisation d'appeler accordée.
- New Continental Oil Co. v. R.* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 7.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens. –
- Nichols v. R.* (Ont.), leave to appeal refused, 4.10.77, autorisation d'appeler refusée.

Norac Lumber Co. Ltd. v. Tanguay (Qué.), leave to appeal refused with costs, 18.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

NTN Bearing Corp. of Canada Ltd. et al. v. Anti-Dumping Tribunal et al. (F.C.A.), notice of discontinuance filed 22.7.77, avis de désistement produit.

Orysiuk v. The Queen in right of the Province of Alberta (Alta.), leave to appeal refused 5.12.77, autorisation d'appeler refusée.

Palmer et al. v. R. (B.C.), leave to appeal granted on the following questions of law:

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?

20.12.77, autorisation d'interjeter appel est accordée sur les questions de droit 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. 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?

Papalia v. R. (Ont.), leave to appeal granted, 17.10.77, autorisation d'appeler accordée.

Pearlman v. City of Winnipeg (Man.), leave to appeal refused with costs, 4.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Pekic v. Minister of Manpower and Immigration (F.C.A.), leave to appeal refused, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée.

Petsas v. R. (Ont.), leave to appeal refused, 5.10.77, autorisation d'appeler refusée.

Procureur général du Québec v. Labrecque et al. (Qué.), leave to appeal granted, 5.12.77, autorisation d'appeler accordée.

Professional Institute of the Public Service of Canada, Agricultural Group, v. Administrator under the Anti-Inflation Act (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 23.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Professional Institute of the Public Service of Canada, Biological Sciences & Forestry Group, v. Administrator under the Anti-Inflation Act (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 23.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Provincial Refining Co. Ltd. et al. v. Atlantic Trading (Delaware) Corp. (Nfld.), leave to appeal granted, 19.12.77, autorisation d'appeler accordée.

Québec (Cité de) v. Bell Canada (Qué.), leave to appeal refused with costs, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Raymond v. Corporation Municipale de la Ville de Ste-Geneviève (Qué.), leave to appeal refused with costs, 5.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

R. v. Alberta and Southern Gas Co. Ltd. (F.C.), (1972), leave to appeal granted, 18.10.77, autorisation d'appeler accordée.

R. v. Alberta and Southern Gas Co. Ltd. (F.C.), (1973), leave to appeal granted, 18.10.77, autorisation d'appeler accordée.

R. v. Hauser (Alta.), leave to appeal granted, 21.11.77, autorisation d'appeler accordée.

- R. v. Johnston et al.* (B.C.), leave to appeal refused, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- R. v. Mansour* (Ont.), leave to appeal granted, 5.12.77, autorisation d'appeler accordée.
- R. v. Moreau* (Qué.), leave to appeal granted on the condition that whatever the issue of the case, the Attorney General for Quebec will pay the respondent's costs on a solicitor/client basis, 6.10.77, autorisation d'appeler accordée à condition que le procureur général du Québec paie les dépens de l'intimé quelle que soit l'issue de la cause comme entre avocat et client.
- R. v. Pacific Western Airlines Ltd.* (B.C.), leave to appeal refused, 5.12.77, autorisation d'appeler refusée.
- R. v. Riddle* (Alta.), leave to appeal granted, 4.10.77, autorisation d'appeler accordée.
- R. v. Vasil* (Ont.), leave to appeal granted, 20.12.77, autorisation d'appeler accordée.
- R. (Ex parte Charles J. Gillespie) v. Wheeler* (N.B.), leave to appeal granted, 8.11.77, autorisation d'appeler accordée.
- Robitaille v. Hins-Dion* (Qué.), leave to appeal granted, 7.11.77, autorisation d'appeler accordée.
- Rochon v. Charland Anglos* (Qué.), leave to appeal refused, 4.12.77, autorisation d'appeler refusée.
- Rosen v. R.* (Ont.), leave to appeal granted, 21.11.77, autorisation d'appeler accordée.
- Roy Caisses Enregistreuses Ltée v. Giovani* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Rufrano v. R.* (Ont.), leave to appeal refused, 5.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Russian Ballet Development Co. Ltd. v. J.B. Baillargeon Express Ltée* (Qué.), notice of discontinuance filed, 27.10.77, avis de désistement produit.
- Saxby et al. v. Fowler* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 4.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Seddon v. Adelman* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Sejour Inc. v. Construction J.R.L. Ltée* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 21.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Selkirk v. Schorr* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Senstad v. Makus* (Alta.), application for a rehearing refused with costs, 14.12.77, requête de nouvelle audition refusée avec dépens.
- Services Financiers Avco Canada Ltée v. Panneton* (Qué.), notice of discontinuance filed, 19.12.77, avis de désistement produit.
- Sherman v. R.* (B.C.), leave to appeal refused, 4.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Sigalas v. Minister of Employment and Immigration et al.* (F.C.A.), leave to appeal granted, 19.12.77, autorisation d'appeler accordée.
- Simard v. R.* (Ont.), leave to appeal refused, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Sorensen v. Sorensen* (Alta.), leave to appeal granted, 17.10.77, autorisation d'appeler accordée.
- Steeves (Stephen S.) v. R.* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 5.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Steeves (Winston A.) v. R.* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 5.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Sternig v. R.* (Ont.), application for an extension of time granted; the motion for leave to appeal dismissed, 14.12.77, requête pour prorogation de délai accordée; requête pour permission d'appeler rejetée.
- Stewart et al. v. R.* (Ont.), leave to appeal refused, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée.
- Stewart v. Treasury Board* (F.C.A.), leave to appeal refused, 8.11.77, autorisation d'appeler refusée.

- Therrien et al. v. Corporation of the Township of Herschel et al.* (Ont.), notice of discontinuance filed, 19.8.77, avis de désistement produit.
- Tomasso v. Judge* (Qué.), leave to appeal refused, 18.10.77, autorisation d'appeler refusée.
- Toronto General Insurance Co. v. Ville de St-Joseph de Sorel* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 21.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Triple Five Corp. Ltd. v. T. Eaton Co. Ltd. et al.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 17.10.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- United Siscoe Mines Ltd. v. Campbell* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 7.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- University of Regina et al. v. Detz* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 16.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- University of Saskatchewan v. Canadian Union of Public Employees Local Union 1975 et al.* (Sask.), leave to appeal granted, 5.12.77, autorisation d'appeler accordée.
- Vardinoyannis et al. v. Ferap Shipping Co. S.A.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 5.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Vardinoyannis et al. v. German et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 5.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Verroelst v. Côté et al.* (Qué.), leave to appeal granted, 19.12.77, autorisation d'appeler accordée.
- Viking Houses v. Municipality of Metropolitan Toronto* (Ont.), leave to appeal granted, 6.10.77, autorisation d'appeler accordée.
- Viking Houses v. Regional Municipality of Peel* (Ont.), leave to appeal granted, 6.10.77, autorisation d'appeler accordée.
- Western Assurance Co. et al. v. Du Moulin Hotel Ltd.* (Man.), leave to appeal refused with costs, 8.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Whitehall Development Corp. Ltd. v. Walker et al.* (Ont.), notice of discontinuance filed, 17.10.77, avis de désistement produit.
- Woldu v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), leave to appeal refused, 5.12.77, autorisation d'appeler refusée.
- Workmen's Compensation Board of New Brunswick et al. v. R.* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 7.11.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Young v. R.* (Ont.), leave to appeal granted, 17.10.77, autorisation d'appeler accordée.
- Zivojinovic v. McCallum et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 19.12.77, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Zoder v. Richter et al.* (Ont.), leave to appeal refused, 6.10.77, autorisation d'appeler refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

TABLE DES JUGEMENTS

	PAGE		PAGE
A			
A.G. (Can.), <i>Beaucage v.</i>	293	Canada Labour Relations Board <i>et al.</i> , Central Broadcasting Co. Ltd. v.	112
A.G. (N.S.) <i>et al.</i> , <i>Bedford Service Comm'n. v.</i> ..	269	Canada Labour Relations Board <i>et al. v.</i> Yellow- knife	729
A.G. (Sask.) <i>et al.</i> , <i>Neal v.</i>	624	Canada Permanent Trust Co., <i>Fales et al. v.</i>	302
A.G. of British Columbia, <i>Canadian Indemnity Co. et al. v.</i>	504	Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. v. <i>Consu- mers' Association of Canada et al.</i>	740
<i>Alimport (Empresa Cubana Importadora de Ali- mentos) v. Victoria Transport Ltd.</i>	858	Canadian Indemnity Co. <i>et al. v.</i> A.G. of British Columbia	504
<i>Amax Potash Ltd. et al. v. Government of Saskat- chewan</i>	576	Canadian Pacific Airlines Ltd., <i>Montreal Trust Co. et al. v.</i>	793
<i>Ambrose v. The Queen</i>	717	Canadian Pacific Ltd. <i>et al.</i> , <i>Quebec North Shore Paper Co. et al. v.</i>	1054
<i>Anderson, R. v.</i>	621	<i>Canning v. C.F.M. Fuels (Ont.) Ltd.</i>	207
<i>Antagon construction Co. Ltd., silburn v.</i>	271	<i>Casullo, College of Physicians and Surgeons of Ontario v.</i>	2
<i>Antares Shipping Corporation v. The Ship "Capricorn" et al.</i>	422	CEGEP Vieux-Montréal, <i>Syndicat des profes- seurs du CEGEP Vieux-Montréal et al. v.</i> ..	568
<i>Assessor for the Province of British Columbia, Pacific Logging Co. Ltd. v.</i>	623	Central Broadcasting Co. Ltd. v. <i>Canada Labour Relations Board et al.</i>	112
B		<i>Charbonneau v. The Queen</i>	805
<i>Bank Canadian National et al. v. Gingras</i>	554	<i>Chinook Appliances Ltd. v. Wellington Square Holdings Ltd.</i>	601
<i>Bar of the Province of Quebec v. Ste-Marie</i>	414	<i>Chu, Madill v.</i>	400
<i>Barrette v. The Queen</i>	121	<i>Cie Immobilière Viger Ltée v. Giguère Inc.</i>	67
<i>Beaucage v. A.G. (Can.)</i>	293	<i>City of Halifax, Scotia Square Hotel Ltd. et al. v.</i>	490
<i>Bedford Service Comm'n. v. A.G. (N.S.) et al.</i> ..	269	<i>Cochrane, Trudeau v.</i>	55
<i>Board of Governors of South Saskatchewan Hos- pital Centre, Westeel-Rosco Ltd. v.</i>	238	<i>Cockburn, Powell v.</i>	218
<i>Bonin, Paré v.</i>	342	<i>College of Physicians and Surgeons of Ontario v. Casullo</i>	2
<i>Breton, School Commissioners of Louis Fréchette v.</i>	1025	<i>Commerce & Industry Insurance Co. et al. v. West End Investment Co.</i>	1036
<i>Briau, MacNeill et al. v.</i>	205	<i>Concrete Column Clamps (1961) Ltd., Royal Bank of Canada v.</i>	456
<i>Brunet, General Motors of Canada Ltd. v.</i>	537	<i>Consumers' Association of Canada et al., Cana- dian Cablesystems (Ontario) Ltd. v.</i>	740
C		D	
<i>C.F.M. Fuels (Ont.) Ltd., Canning v.</i>	207	<i>Dale et al., Petranik v.</i>	959
<i>CAE Industries Ltd. et al., R. v.</i>	566		
<i>Cam Gard Supply Ltd. v. Minister of National Revenue</i>	522		

	PAGE		PAGE
Davey <i>et al.</i> v. Isaac <i>et al.</i>	897	H	
Deputy Attorney General of Canada, Howley v.	45	Hamm, R. v.	85
Director of Archambault Institution, Lewis v.	412	Howley v. Deputy Attorney General of Canada ..	45
Dome Petroleum Ltd. v. Public Utilities Board (Alberta) <i>et al.</i>	822	Hoyt <i>et al.</i> v. Grand Lake Development Corp. <i>et</i> <i>al.</i>	907
Dominion Stores Ltd. <i>et al.</i> , United Trust Co. v.	915	Hubbert v. The Queen	267
Doyle v. Doyle	198	I	
Duquet v. Town of Sainte-Agathe-des-Monts	1132	Imperial Oil Ltd. v. Nova Scotia Light and Power Co. Ltd.	817
E		International Airport Industrial Park Ltd. v. Tanenbaum <i>et al.</i>	326
Edmonton Catholic School District No. 7 <i>et al.</i> , Jones v.	872	Isaac <i>et al.</i> , Davey <i>et al.</i> v.	897
Employers' Liability Assurance Corp. Ltd. <i>et al.</i> v. Foundation Co. of Canada Ltd.	413	J	
"Evgenia Chandris", R. v.	97	Johnson v. The Queen	646
F		Jones v. Edmonton Catholic School District No. 7 <i>et al.</i>	872
Fales <i>et al.</i> v. Canada Permanent Trust Co.	302	K	
Fidelity and Casualty Co. of New York v. General Structures Inc.	1098	Kelly <i>et al.</i> , Regina ex rel. Cedar Crescent Devel- opments Ltd. v.	620
Foundation Co. of Canada Ltd., Employers' Lia- bility Assurance Corp. Ltd. <i>et al.</i> v.	413	L	
Fulton <i>et al.</i> , Guyer Oil Co. Ltd. <i>et al.</i> v.	791	Landry, Vadeboncoeur v.	179
G		Lavallée v. The Queen	626
General Motors of Canada Ltd. v. Brunet	537	Lawrence, Meco Electric Inc. v.	264
General Structures Inc., Fidelity and Casualty Co. of New York v.	1098	Lewis v. Director of Archambault Institution	412
Geophysical Engineering Ltd. v. Minister of National Revenue	1008	M	
Giguère Inc., Cie Immobilière Viger Ltée v.	67	MacDonald <i>et al.</i> v. Vapor Canada Ltd.	134
Gingras, Bank Canadian National <i>et al.</i> v.	554	Macdonald v. The Queen	665
Golden Eagle Canada Ltd. v. Municipal Corpora- tion of St-Romuald d'Etchemin	1090	MacDonald v. The Queen	832
Government of Saskatchewan, Amax Potash Ltd. <i>et al.</i> v.	576	MacNeill <i>et al.</i> v. Briau	205
Grand Lake Development Corp. <i>et al.</i> , Hoyt <i>et al.</i> v.	907	Madill v. Chu	400
Guidolin <i>et al.</i> , Voyageur Provincial Inc. v.	1112	Manufacturers Life Ins. Co., Northern Electric Co. Ltd. <i>et al.</i> v.	762
Guyer Oil Co. Ltd. <i>et al.</i> v. Fulton <i>et al.</i>	791		

	PAGE		PAGE
Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue	996	Petranik v. Dale <i>et al.</i>	959
McMillan v. The Queen	824	Phillips v. Roy <i>et al.</i>	521
McNamara Construction (Western) Ltd. <i>et al.</i> v. The Queen	654	Place Versailles Inc. <i>et al.</i> v. Minister of Justice of Quebec	1118
McRitchie v. The Queen	600	Powell v. Cockburn	218
Meco Electric Inc. v. Lawrence	264	Price (Nfld.) Pulp & Paper Ltd. v. The Queen	36
Miller <i>et al.</i> v. The Queen	680	Public Utilities Board (Alberta) <i>et al.</i> , Dome Petroleum Ltd. v.	822
Minister of Justice of Quebec, Place Versailles Inc. <i>et al.</i> v.	1118		
Minister of Manpower and Immigration, Rae <i>et al.</i> v.	602	Q	
Minister of Mines and Northern Affairs (Ontario) v. Sheridan Geophysics Ltd. <i>et al.</i>	384	Quebec North Shore Paper Co. <i>et al.</i> v. Canadian Pacific Ltd. <i>et al.</i>	1054
Minister of National Revenue, Cam Gard Supply Ltd. v.	522		
Minister of National Revenue, Geophysical Engineering Ltd. v.	1008	R	
Minister of National Revenue, Martin Service Station Ltd. v.	996	R. v. Anderson	621
Minister of National Revenue v. Simon <i>et al.</i>	812	R. v. CAE Industries Ltd. <i>et al.</i>	566
Minister of National Revenue, Smerchanski v. ...	23	R. v. "Evgenia Chandris"	97
Moidel <i>et al.</i> , Stendel v.	256	R. v. Hamm	85
Montreal v. Vaillancourt	849	R. v. Squire	13
Montreal Trust Co. <i>et al.</i> v. Canadian Pacific Airlines Ltd.	793	Rae <i>et al.</i> v. Minister of Manpower and Immigration	602
Municipal Corporation of St-Romuald d'Etchemin, Golden Eagle Canada Ltd. v.	1090	Regina ex rel. Cedar Crescent Developments Ltd. v. Kelly <i>et al.</i>	620
Murphy <i>et al.</i> v. The Queen	603	Roy <i>et al.</i> , Phillips v.	521
		Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.	456
N			
Neal v. A.G. (Sask.) <i>et al.</i>	624	S	
Northern Electric Co. Ltd. <i>et al.</i> v. Manufacturers Life Ins. Co.	762	School Commissioners of Louis Fréchette v. Breton	1025
Nova Scotia Light and Power Co. Ltd., Imperial Oil Ltd. v.	817	Scotia Square Hotel Ltd. <i>et al.</i> v. City of Halifax	490
		Shepard, United States of America v.	1067
P		Sheridan Geophysics Ltd. <i>et al.</i> , Minister of Mines and Northern Affairs (Ontario) v.	384
Pacific Logging Co. Ltd. v. Assessor for the Province of British Columbia	623	Silburn v. Antagon Construction Co. Ltd.	271
Paquette v. The Queen	189	Simon <i>et al.</i> , Minister of National Revenue v.	812
Paré v. Bonin	342	Smerchanski v. Minister of National Revenue	23
Parenteau v. The Queen	399	Sokoloski v. The Queen	523
Paulette <i>et al.</i> v. The Queen	628	Squire, R. v.	13
Péloquin v. The Queen	503	Ste-Marie, Bar of the Province of Quebec v.	414
		Stendel v. Moidel <i>et al.</i>	256
		Stewart v. The Queen	748
		Syndicat des professeurs du CEGEP Vieux-Montréal <i>et al.</i> v. CEGEP Vieux-Montréal	568

	PAGE		PAGE
T		U	
Tanenbaum <i>et al.</i> , International Airport Industrial Park Ltd. v.	326	United States of America v. Shephard	1067
The Queen, Ambrose v.	717	United Trust Co. v. Dominion Stores Ltd. <i>et al.</i> ..	915
The Queen, Barrette v.	121		
The Queen, Charbonneau v.	805	V	
The Queen, Hubbert v.	267	Vadeboncoeur v. Landry	179
The Queen, Johnson v.	646	Vaillancourt, Montreal v.	849
The Queen, Lavallée v.	626	Vapor Canada Ltd., MacDonald <i>et al.</i> v.	134
The Queen, Macdonald v.	665	Vézeau v. The Queen	277
The Queen, MacDonald v.	832	Victoria Transport Ltd., Alimport (Empresa Cubana Importadora de Alimentos) v.	858
The Queen, McMillan v.	824	Voyageur Provincial Inc. v. Guidolin <i>et al.</i>	1112
The Queen, McNamara Construction (Western) Ltd. <i>et al.</i> v.	654		
The Queen, McRitchie v.	600	W	
The Queen, Miller <i>et al.</i> v.	680	Warkentin <i>et al.</i> v. The Queen	355
The Queen, Murphy <i>et al.</i> v.	603	Wellington Square Holdings Ltd., Chinook Appliances Ltd. v.	601
The Queen, Paquette v.	189	Westeel-Rosco Ltd. v. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre	238
The Queen, Parenteau v.	399	West End Investment Co., Commerce & Industry Insurance Co. <i>et al.</i> v.	1036
The Queen, Paulette <i>et al.</i> v.	628		
The Queen, Péloquin v.	503	Y	
The Queen, Price (Nfld.) Pulp & Paper Ltd. v. ..	36	Yellowknife, Canada Labour Relations Board <i>et al.</i> v.	729
The Queen, Sokoloski v.	523		
The Queen, Stewart v.	748		
The Queen, Thériault <i>et al.</i> v.	520		
The Queen, Vézeau v.	277		
The Queen, Warkentin <i>et al.</i> v.	355		
Thériault <i>et al.</i> v. The Queen	520		
The Ship "Capricorn" <i>et al.</i> , Antares Shipping Corporation v.	422		
Town of Sainte-Agathe-des-Monts, Duquet v.	1132		
Trudeau v. Cochrane	55		

TABLE OF CASES CITED

TABLE DES CAUSES CITÉES

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
A.C. Spark Plug Co. v. Canadian Spark Plug Service	[1935] Ex.C.R. 57.	143
A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. U.S.	(1935), 295 U.S. 495.	149
Adam v. Newbigging	(1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.).	338
Aeronautics case	[1932] A.C. 54.	168
Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments ...	[1976] 2 S.C.R. 221.	1043
Agricultural Savings and Loan Association v. Federal Bank	(1881), 6 O.A.R. 192.	467
Ahmed-ben-Youssef v. Aïcha-bent-Mahomed-ben-Mustapha	D.P. 1880.2.161.	347
Air-Care Ltd. v. The United Steel Workers of America	[1976] 1 S.C.R. 2.	572
Alexandroff v. The Queen	[1970] S.C.R. 753.	274
Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board	[1953] 2 S.C.R. 140.	862
Alspan Wrecking Ltd. v. Dineen Construction Ltd.	[1972] S.C.R. 829.	244
Ambrose v. The Queen	30 C.C.C. (2d) 97.	711
Anglo Scottish Beet Sugar Corp. Ltd. v. Spalding U.D.C.	[1937] 2 K.B. 607.	479
Antill Ranger and Company Proprietary Ltd. v. Commissioner for Motor Transport	(1955), 93 C.L.R. 83.	591
Armitage v. Attorney General	[1960] P. 135.	226
Assets Ltd. v. Mere Roihi	[1905] A.C. 176.	927, 952
Attorney General for Canada v. Attorney-General for Alberta	[1916] 1 A.C. 588.	511
Attorney-General for Manitoba v. Attorney General for Canada ...	[1929] A.C. 260.	513
Attorney General for Ontario v. Attorney General for the Dominion (Liquor Licence Act case)	[1896] A.C. 348.	737
Attorney General for Ontario v. Reciprocal Insurers	[1924] A.C. 328.	511
Attorney General of Alberta v. Attorney General of Canada	[1943] A.C. 356.	591
Attorney-General of Canada v. Attorney-General of Alberta	[1916] 1 A.C. 588.	162
Attorney-General of Canada v. Canard	[1976] 1 S.C.R. 170.	686
Attorney-General of Canada v. Lavell	[1974] S.C.R. 1349.	686
Attorney-General of Canada v. Western Higbie and Albion Investments Ltd.	[1945] S.C.R. 385.	393
Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada	[1937] A.C. 405.	159, 166
Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada	[1896] A.C. 348.	162
Attorney-General of Ontario v. Toronto General Trusts Corp	(1903), 5 O.L.R. 607.	391
Auger v. Dubeau	(1952), 111 C.C.C. 390.	1078

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Avon v. R.	[1971] S.C.R. 650.	289
Avon v. The Queen	[1971] S.C.R. 650.	281
B		
Bank of England v. Vagliano Bros.	[1891] A.C. 107.	462
Bank of Montreal v. Barbeau	[1963] Que. Q.B. 753.	483
Bank of Toronto v. Smith	[1950] O.R. 457.	472
Banque Canadienne Nationale v. Tremblay	(1938), 64 Que. Q.B. 170.	559
Banque de Montréal v. Barbeau	[1963] Que. Q.B. 753.	471
Banque Provinciale du Canada v. Ogilvie	[1973] S.C.R. 281.	886
Banque Royale du Canada v. Manufacturers Life Insurance Co. et Ménard	[1974] C.A. 462.	473
Bar of the Province of Quebec v. E	[1953] R.L.n.s. 257.	419
Barnet v. Barnet	[1934] O.R. 347 (C.A.).	236
Barrette v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 121.	1141
Basarsky v. Quinlan	[1972] S.C.R. 380.	125, 1142
Bater v. Bater	[1906] P. 209.	228
Belle-Isle Lumber Inc. v. Craft Finance Corp.	[1966] Que. Q.B. 135.	80
Bergeron v. Proulx	[1967] C.S. 579.	352
Berthiaume v. Dastous	[1930] A.C. 79.	348
Blair v. City of Montreal	(1940), 68 Que. K.B. 255.	854
Board of Commerce case	[1922] 1 A.C. 191.	163
Boileau v. Chauret	(1927), 42 Que. Q.B. 344.	344
Bonaparte v. Bonaparte	[1892] P. 402.	228
Booth v. Sokulsky	(1953), 13 Fox Pat. Cas. 145.	144
Boudier	Req. June 16, 1892, D.P. 1892.1.596.	76
Breeze Corp. v. Hamilton Clamp Stampings Ltd.	(1961), 37 C.P.R. 153.	151
British Columbia Power Corporation, Ltd. v. British Columbia Electric Co. Ltd.	[1962] S.C.R. 642.	591
Brodie v. The Queen	[1962] S.C.R. 681.	652
Bromont Inc. v. Banque Canadienne Nationale	[1973] C.S. 959.	474
Brooks v. The King	[1927] S.C.R. 633.	711
Brownridge v. The Queen	[1972] S.C.R. 926.	686
Building Products Ltd. v. B.P. Canada Ltd.	(1961), 21 Fox Pat. Cas. 130.	152
Burgess v. Wheats	(1759) 1 Eden. 177.	987
Burrows v. Becker	(1968), 70 D.L.R. (2d) 433.	746
C		
C.A.P.A.C. v. International Good Music	[1963] S.C.R. 136.	447
Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan	(1958), 16 D.L.R. (2d) 465, aff'd. [1960] S.C.R. 619.	589
Caldwell v. Stadacona Fire	(1883), 11 S.C.R. 212.	1045
Campbell v. Holyland	[1877] 7 Ch. D. 166.	991
Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.	[1954] S.C.R. 207.	1065
Canada Labour Relations Board v. C.N.R.	[1975] 1 S.C.R. 786.	737
Canadian Converters Co. Ltd. v. Eastport Trading Co. Ltd.	(1968), 70 D.L.R. (2d) 149.	151
Canadian Cutting & Coring (Toronto) Ltd. v. Howson <i>et al.</i>	[1968] 2 O.R. 449.	789

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Canadian Fire Insurance Company v. Robinson.....	(1901), 31 S.C.R. 488.	1050
Canadian Home Assurance Company v. Gauthier.....	[1966] S.C.R. 305.	1050
Canadian Industrial Gas and Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan and Attorney General for Saskatchewan.....	[1974] 4 W.W.R. 557.	595
Canadian National Railway Co. v. Nor-Min Supplies Ltd.	[1977] 1 S.C.R. 322.	1065
Canadian Pacific Railway v. Attorney General for British Columbia and Attorney General for Canada	[1950] A.C. 122.	737
Canadian Pacific Railway v. Corporation of the Parish of Notre-Dame de Bonsecours	[1899] A.C. 367.	736
Canning v. The King	[1937] S.C.R. 421.	369,370
Car and General Insurance Corporation Limited v. Therrien.....	[1969] Que. Q.B. 144.	1050
Carnation Company Ltd. v. The Quebec Agricultural Marketing Board.....	[1968] S.C.R. 238.	512
Casborne v. Scarfe	(1737), 1 Atk. 603.	986
Charlebois v. Baril	[1928] S.C.R. 88.	852
Choinière v. La Banque d'Épargne de la Cité et du District de Montréal.....	[1957] Que. Q.B. 467.	559
Ciglen v. The Queen	[1970] S.C.R. 804.	527
Citizens Insurance Co. v. Parsons	(1881), 7 App. Cas. 96.	159, 511
City of Ile Perrot v. Goulet-Wiseman	[1977] 1 R.C.S. 175.	856
City of Montreal v. Choquette	[1973] S.C.R. xii.....	854
City of Montreal North v. Bougie	[1970] C.A. 148.	852
City of Quebec v. Baribeau	[1934] S.C.R. 622.	855
City of Toronto v. Olympia Edward Recreation Club Ltd.	[1955] S.C.R. 454.	892
Clairol International Corp. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd.	[1968] 2 Exc.C.R. 552.	152
Close v. Globe & Mail Ltd.	(1966), 60 D.L.R. (2d) 105.	552
Clutton v. Attenborough	[1897] A.C. 90.	464
Coca-Cola Co. v. Mathews	[1944] S.C.R. 385.	742
Coffin v. R.	(1955), 21 C.R. 333.	288
Colpitts v. R.	[1965] S.C.R. 739.	727
Commissioner for Motor Transport v. Antill Ranger and Company	[1956] A.C. 527 (P.C.).	592
Commonwealth of Puerto Rico and Hernandez, Re.....	[1973] F.C. 1206, 15 C.C.C. (2d) 56.	1074, 1080
Consolidated Distilleries Limited v. Consolidated Exporters Corporation Ltd.	[1930] S.C.R. 531.	661, 1059
Consolidated Distilleries Limited v. The King	[1933] A.C. 508.	661, 1059
Corbeil v. Dufresne	(1933), 40 R.L.N.S. 40.	150
Corbett v. R.	[1975] 2 S.C.R. 275.	282, 288
Corporation Agencies Ltd. v. Home Bank of Canada	[1925] S.C.R. 706, aff'd [1927] A.C. 318.	481
Côté v. The King	(1941), 77 C.C.C. 75.	761
Craft Finance v. Belle-Isle Lumber Co.	[1966] S.C.R. 661.	80
Crowe v. Crowe	(1937), 157 L.T. 557; [1937] 2 All E.R. 723.	228
Crown Grain Co. Ltd. v. Day	[1908] A.C. 504.	394, 397
Cullen v. The Queen	[1949] S.C.R. 658.	283
Curr v. The Queen	[1972] S.C.R. 889.	686

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
D		
Dame Lemieux-Bélanger v. St-Gervais	[1970] S.C.R. 948.	574
Darche v. Byron	[1946] C.S. 123.	352
DeBeck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.	(1907), 12 B.C.R. 409 (B.C.C.A.).	965, 981
Decaudin v. Bayle	Gaz. Pal. 1937.2.598.	347
de Choudens	Req. February 12, 1923, D.P. 1923.1.64.	80
Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch	[1975] A.C. 653.	195
Director of Public Prosecutions v. Hester	[1972] 3 All E.R. 1056.	376, 377
Director of Public Prosecutions v. Kilbourne	[1973] 1 All E.R. 440.	360, 377
Dominion of Canada v. City of Levis	[1919] A.C. 505.	1144
Donohue v. La Paroisse de St-Étienne de la Malbaie	[1924] S.C.R. 511.	1143
Dorval v. Bouvier	[1968] S.C.R. 288.	261, 274
Drybones	[1970] S.C.R. 282.	686
Duffin v. Markham	(1918), 88 L.J.K.B. 581.	109
Dumberry v. Moquin	[1959] C.S. 184.	80
Dunbar & Sullivan Dredging Co. <i>et al.</i> v. the Ship "Milwaukee"	(1907), 11 Ex.C.R. 179.	455
Dunbar v. The King	[1936] 4 D.L.R. 737, 67 C.C.C. 20.	192
E		
Eagle Shoe Co. Ltd. v. Slater Shoe Co. Ltd.	(1929), 46 Que. K.B. 121.	150
Egger v. Viscount Chelmsford	[1965] 1 Q.B. 248.	479
Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co. Ltd.	(1965), 54 D.L.R. (2d) 97.	152
Etouhami ben Ali el Hamrouni v. Dame Assia bent Sadok ben Amor Boulila	D. 1057.1.557.	348
Ex parte Krachan	(1975), 24 C.C.C. (2d) 114.	50
Ex parte Spice	(1975), 23 C.C.C. (2d) 141.	50
F		
Fanjoy v. Keller	[1974] S.C.R. 315.	275
Farwell v. The Queen	(1893), 22 S.C.R. 553.	660
Findlay v. Findlay	[1952] 1 S.C.R. 96.	746
First National Bank of Boston v. La Sarchi Compagnie	[1961] Que. Q.B. 702.	864
Ford v. Trustees of the Ottawa Civic Hospital	[1973] 3 O.R. 437.	552
Fox v. The Government of Newfoundland	[1898] A.C. 667 (P.C.).	253
Francis v. The Queen	[1956] S.C.R. 618.	168
Frank v. Alpert	[1971] S.C.R. 637.	125, 1142
Friedman v. Barrett	[1962] Qd. R. 498.	927
Furman v. Georgia	(1972), 408 U.S. 238.	689, 706
G		
G.A.F. v. Amchem	[1975] 1 Lloyd's Rep. 601.	451
Gage Investment Inc. v. Ménard and Marge Construction Engi- neers Ltd.	(1931), 50 Que. Q.B. 315.	80
Galos Hired v. The King	[1944] A.C. 149.	133
Gauvremont v. The Prudential Insurance Company of America	[1941] S.C.R. 139.	1110
General Foods v. Struthers	[1974] S.C.R. 98.	125, 1142

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
General Truck Drivers Union v. Hoar Transport	[1969] S.C.R. 634.	552
Giguère Automobile Ltée v. Universal Auto Ltd.	(1941), 70 Que. Q.B. 166.	150
Gingras and Les Immeubles Adams Inc. v. Gagnon	[1977] 1 S.C.R. 217.	261
Girvin v. The King	(1911), 45 S.C.R. 167.	1083
Good Humor Corp. of America v. Good Humor Food Products Ltd.	[1937] Ex.C.R. 61.	143
Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen	[1956] S.C.R. 303.	146
Great West Saddlery Co. Ltd. v. The King	[1921] 2 A.C. 91.	513
Greenglass v. Brown	(1962), 24 Fox Pat. Cas. 21.	152
Gregg v. Georgia	(1976), 44 U.S. LW 5230.	689
Grottoli v. Lock & Son Ltd.	(1963), 39 D.L.R. (2d) 128.	551
Gulf Oil Corp. v. Gilbert	(1947), 330 U.S. 501.	451
Guy Towers Inc. v. City of Montreal	[1969] S.C.R. 738.	1096

H

Halifax City v. Halifax Harbour Commissioners	[1935] S.C.R. 215.	250
Hamel v. Brunelle	[1977] 1 S.C.R. 147.	125, 1142
Hamilton Street Railway v. Northcott	[1967] S.C.R. 3.	543
Harley v. Bank of Toronto	[1938] O.R. 100.	469, 483
Harvey v. Farnie	(1880), 5 P.D. 153.	231
Heath v. Pugh	(1881), 6 Q.B.D. 345.	987
Henwood v. The Prudential Insurance Company of America	[1967] S.C.R. 720.	1110
Hern v. Nichols	(1708), 1 Salk. 289, 91 E.R. 256.	478
Hodge v. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117.	162
Hodge's Case	(1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.	1073, 1083
Hogan v. The Queen	[1975] 2 S.C.R. 574.	686
Hood v. Hood	[1972] S.C.R. 244.	274
Horsburgh v. R.	[1967] S.C.R. 746.	673
Howarth v. National Parole Board	[1976] 1 S.C.R. 453.	53
Howes	(1964), 48 Cr. App. Rep. 172.	130
Hubin v. The King	[1927] S.C.R. 442.	362, 373

I

In re Dominion Trade and Industry Commission Act, 1935	[1936] S.C.R. 379.	167
Indyka v. Indyka	[1969] 1 A.C. 33 (H.L.).	226
Insurance Act of Canada, In re	[1932] A.C. 41.	511
International Brotherhood of Electrical Workers v. Town of Sum- merside	[1960] S.C.R. 591.	734
International Brotherhood of Electrical Workers v. Winnipeg Builders' Exchange	[1967] S.C.R. 628.	746
International General Electric Company of New York Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise	[1962] Ch. 784.	595
International News Service v. Associated Press	(1918), 248 U.S. 215.	149

J

Jackson v. Jackson	[1973] S.C.R. 205.	184
--------------------------	-------------------------	-----

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
James v. R.	(1970), 50 Cr. App. R. 299.	361, 607
Johannesson v. West St. Paul	[1952] 1 S.C.R. 292.	1065
John Deere Plow Co. Ltd. v. Wharton.....	[1915] A.C. 330.	513
John Macdonald & Co. Ltd. v. Tew	(1914), 32 O.L.R. 262.	931, 953
Johnson v. Attorney-General of Alberta	[1954] S.C.R. 127.	165
Johnston v. Dame Vera Channell.....	[1937] S.C.R. 275.	75
Johnson v. The King	[1904] A.C. 817.	390
Jung and Montgomery, Re	[1955] 5 D.L.R. 287.	929, 954
Jurek v. Texas.....	(1976), 44 U.S. LW 5262.	689
K		
Keefer v. The Phoenix Insurance Co. of Hartford	(1901), 31 S.C.R. 144.	1045
Kellogg Company v. Helen Kellogg	[1941] S.C.R. 242.	145
Kelsey v. The Queen	[1953] 1 S.C.R. 220.	808
King v. Eastern Terminal Elevator Co.	[1925] S.C.R. 434.	163
King's Asbestos Mines.....	(1908), 17 Que. K.B. 566.	1032
King's Asbestos Mines v. The Municipality of South Thetford	(1909), 41 S.C.R. 585.	1031
Kitchen Overall & Shirt Co. Ltd. v. Elmira Shirt & Overall Co. Ltd.	[1937] Ex.C.R. 230.	143
Kolnberger v. R.....	[1969] S.C.R. 213.	361, 673
Kondylis v. Greyhound Lines of Canada Ltd.....	[1973] R.P. 241.	864
Kosobuski v. Extension Mining Co. Ltd.....	(1929), 64 O.L.R. 8.	789
L		
L. v. L.....	[1968] C.S. 480.	352
L'Association des Policiers de Giffard v. La Cité de Giffard	[1968] Que. Q.B. 863.	551
La Cie de Prêt et de Crédit Foncier v. St. Germain	(1881), 26 L.C.J. 39.	76
La Compagnie d'Assurance Stanstead and Sherbrooke v. Fabi	[1960] Que. Q.B. 601.	1039, 1048
La Société du Gaz de Paris v. La Société Anonyme de Navigation ..	[1926] S.C. (H.L.) 13.	452
Labour Conventions case.....	[1937] A.C. 326.	168
Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd.	[1949] A.C. 134.	893
Lacey v. Wright	(1966), 50 Cr. App. Rep. 205.	126, 132
Ladouceur v. Howarth.....	[1974] S.C.R. 1111.	125, 1142
Lampard v. The queen.....	[1969] S.C.R. 373.	527
Lapointe v. Klint	[1975] 2 S.C.R. 539.	185
Larin v. Brière	[1965] Que. K.B. 800.	258
Lawrence v. Stuart.....	(1856), 6 L.C.R. 294.	76
Le Syndicat catholique des Employés de Magasins de Québec v. Cie. Paquet Ltée.	[1959] S.C.R. 206.	549
Learoyd v. Whiteley.....	(1887), 12 App. Cas. 727.	315
Lee Chun-Chuen v. The Queen	[1963] A.C. 220.	19
LeMesurier v. LeMesurier	[1895] A.C. 517.	226
Lessard v. Paquin <i>et al.</i>	[1975] 1 S.C.R. 665.	1115
Letter Carriers Union v. C.U.P.W.	[1975] 1 S.C.R. 178.	738
Limpus v. London General Omnibus Co.	(1862), 1 H. & C. 526, aff'd 9 Jur. N.S. 333.	478

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Linsley v. Co-operators Insurance Association of Guelph	[1975] I.L.R. 1206.	405
Lisi v. Alitalia-Linee Aeree Italiene.....	(1966), 370 Fed. Rep. (2d) 508.	800
Lissenden v. C.A.V. Bosch, Ltd.	[1940] A.C. 412.	746
Lloyd v. Grace, Smith & Co.	[1912] A.C. 716.	478
Lockhart v. Stinson and C.P.R.	[1941] S.C.R. 278, aff'd [1942] A.C. 591.	478
London Life Insurance Co. v. Molsons Bank	(1904), 8 O.L.R. 238.	468
Lord and Ellis, Re	(1914), 30 O.L.R. 582.	938
Lovitt v. Attorney-General of Nova Scotia	(1903), 33 S.C.R. 350.	392
Lowery v. The Queen.....	[1974] A.C. 85.	828
Luky v. Ruthenian Farmers' Elevator Co.....	[1924] S.C.R. 56.	513
Lymburn v. Mayland.....	[1932] A.C. 318.	516

M

M. v. P.	[1966] C.S. 475.	352
MacAlpine v. MacAlpine	[1958] P. 35.	232
MacDonald v. The King	[1947] S.C.R. 90.	367
Magann v. Auger	(1901), 31 S.C.R. 186.	852, 870
Mancini v. Director of Public Prosecutions.....	(1941), 28 Cr. App. R. 65.	19, 808
Marcotte v. The Deputy Attorney General for Canada	[1976] 1 S.C.R. 108.	48
Marshall Brick Co. v. Irving	(1916), 35 O.L.R. 542.	782
Marshall <i>et al.</i> v. Miles	[1970], 3 O.R. 394 (H. Ct.).	965, 981
Marshall Brick Company v. York Farmers Colonization Company..	(1917), 54 S.C.R. 569.	782
Mary Kingston	(1948), 32 Cr. App. Rep. 183.	125, 130
May v. United States	(1949), 175 F. 2d 994.	529
McConnell and Beer v. R.....	[1968] S.C.R. 802.	280, 289
McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough <i>et al.</i>	[1976] 1 S.C.R. 718.	119
McKeown v. Regina	[1971] S.C.R. 446.	124
Mehr v. The Law Society of Upper Canada	[1955] S.C.R. 344.	419
Mersey Docks and Harbour Board v. Coggins	[1946] 2 All E.R. 345.	1022
Mertens v. Flying Tiger Line Inc.	(1965), 341 Fed. Rep. (2d) 851.	800
Méhot v. Montreal Transit Commission	[1972] S.C.R. 387.	855
Metropolitan Life Insurance Company v. International Union of Operating Engineers, Local 796	[1970] S.C.R. 425.	116
Metropolitan Life Insurance Company v. Quebec Bank	(1916), 50 C.S. 214.	468
Metropolitan Meat Industry Board v. Sheedy	[1927] A.C. 899.	254
Mickleburgh v. Parker.....	(1870), 17 Gr. 503.	323
Middleton v. Middleton.....	[1967] P. 62.	233
Montreal v. Sun Life Assurance Co. of Canada	[1952] 2 D.L.R. 81.	1095
Morgan and Jacobson v. The Attorney-General for Prince Edward Island.....	[1976] 2 S.C.R. 349.	513
Murphy v. C.P.R.....	[1958] S.C.R. 626.	163

N

Nash v. Nash	[1975] 2 S.C.R. 507.	184
National Trustees Co. of Australia v. General Finance Co. of Australasia	[1905] A.C. 373 (P.C.).	315

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Natural Products Marketing Act reference	[1936] S.C.R. 398., [1937] A.C. 377.	163, 164
Newton v. Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia	[1958] 2 All E.R. 759.	1023
Nigro v. United States	(1941), 117 F. 2d 624.	529
North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth	[1908] A.C. 137.	463, 483
North Empire Fire Insurance Co. v. Vermette	[1943] S.C.R. 189.	1046, 1049
Northern Electric Company Limited v. F. Warkentin Electric Ltd.	(1972), 27 D.L.R. (3d) 519.	765, 782
Norwich Union	[1934] S.C.R. 596.	558
Noshery Ltd. v. The Penthouse Motor Inn Ltd.	(1969), 61 C.P.R. 207.	152
O		
Oatway v. Canadian Wheat Bord	[1945] S.C.R. 204.	742
Oeuvre du Patronage de St-Hyacinthe v. La Cité de St-Hyacinthe ..	[1926], 41 Qué. Q.B. 496.	1143
Orr v. Robertson	(1915), 34 O.L.R. 147.	782
Ouimet v. Ouellet	(1975), 7 N.R. 1.	186
Oy Nokia Ab v. The Ship "Martha Russ"	[1973] F.C. 394.	436
P		
Pantel v. Air Canada	[1975] 1 S.C.R. 472.	1977
Parnerkar v. The Queen	[1974] S.C.R. 449.	20
Pelletier v. Shykofsky	[1957] S.C.R. 635.	261
Pemberton v. Hughes	[1899] 1 Ch. 781.	229
Pitcher v. Shoebottom	[1971] 1 O.R. 106.	955
Poitras v. R.	[1974] S.C.R. 649.	532
Powell v. Streatham Manor Nursing Home	[1935] A.C. 243.	261
Price v. Neault	(1886), 12 A.C. 110.	75
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General of Canada	[1931] A.C. 310.	163
Prudential Trust Company v. Forseth	[1960] S.C.R. 210.	910
Q		
Quebec North Shore Paper Company v. Canadian Pacific Limited ..	[1977] 2 S.C.R. 1054.	658
R		
R. v. Ambler	[1938] 2 W.W.R. 225.	674
R. v. Atwood and Robbins	(1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334.	1084
R. v. Aubichon	[1965] 1 C.C.C. 215.	606
R. v. Bargimis	[1970] 4 C.C.C. 358.	650
R. v. Basken and Kohl	(1974), 28 C.R.N.S. 359 (Sask. C.A.).	367
R. v. Bear	(1973), 13 C.C.C. (2d) 570.	606
R. v. Black	[1966] 1 O.R. 683.	710
R. v. Boucher	[1963] 2 C.C.C. 241 (B.C. C.A.).	367
R. v. Boyce	(1975), 7 O.R. (2d) 561.	374
R. v. Boyd	(1974), 17 C.C.C. (2d) 6.	367, 606
R. v. Brown and Morley	[1968] S.A.S.R. 467.	196

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Burnshine.....	[1975] S.C.R. 693.	686, 704
R. v. Bush.....	[1939] 1 W.W.R. 42.	673, 674, 679
R. v. Carker.....	[1967] S.C.R. 114.	194
R. v. Caulfield.....	(1972), 10 C.C.C. (2d) 539.	1086
R. v. Chow Sik Wah and Quon Hong.....	[1964] 1 C.C.C. 313.	528
R. v. Comba.....	[1938] S.C.R. 396.	288, 1072, 1081
R. v. Conners and Jones.....	[1972] 5 W.W.R. 1.	367, 606, 611
R. v. Côté.....	[1964] S.C.R. 358.	710
R. v. Dick.....	[1947] O.R. 105.	837
R. v. Dominion Engineering Co. Ltd.	[1944] S.C.R. 371, aff'd [1947] 1 D.L.R. 1.	39
R. v. Duguid.....	(1906), 75 L.J.K.B. 470.	531
R. v. Dwyer.....	[1975] 4 W.W.R. 54.	50
R. v. Ethier.....	(1959), 124 C.C.C. 332.	364
R. v. Farduto.....	(1912), 21 C.C.C. 144.	194
R. v. Farwell.....	(1887), 14 S.C.R. 392.	660
R. v. Flannery.....	[1969] V.R. 586 (S.C.).	367
R. v. Gaudet.....	[1971] 2 C.C.C. 418.	1083
R. v. Gauthier.....	[1977] 1 S.C.R. 441.	292
R. v. George.....	[1960] S.C.R. 871.	670
R. v. Goerz.....	(1971), 5 C.C.C. (2d) 92.	95
R. v. Guidry.....	(1965), 47 C.R. 375.	391
R. v. Hume, Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Exporters Corp. Ltd.	[1930] S.C.R. 531.	140
R. v. Jesseau and Breen.....	(1961), 129 C.C.C. 289.	616
R. v. Jewell.....	(1974), 28 C.R.N.S. 331, 22 C.C.C. (2d) 252.	649
R. v. Kanester.....	(1966), 48 C.R. 352, reversed 49 C.R. 402.	374
R. v. Kishen Singh.....	(1941), 76 C.C.C. 248.	105
R. v. Knox.....	[1968] 2 C.C.C. 348.	1083
R. v. Lane and Ross.....	(1969), 6 C.R.N.S. 273.	127
R. v. Levy Bros. Ltd.	[1961] S.C.R. 189.	479
R. v. Markin.....	[1970] 1 C.C.C. 14.	102
R. v. Maroney.....	[1975] 2 S.C.R. 306.	652
R. v. Nantais.....	[1966] 2 O.R. 246.	841
R. v. Northern Electric Co.	(1955), 111 C.C.C. 241.	529
R. v. O'Brien.....	[1954] S.C.R. 666.	532
R. v. O'Hara.....	(1946), 88 C.C.C. 74 (B.C. C.A.).	364
R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex p. Ontario Food Terminal Board.....	(1963), 38 D.L.R. (2d) 530.	250
R. v. Paquette.....	(1975), 19 C.C.C. (2d) 154.	291
R. v. Parish.....	[1968] S.C.R. 466.	373
R. v. Pearce.....	(1963), 40 C.R. 75.	1083
R. v. Pipe.....	(1966), 51 Cr. App. R. 17.	1085
R. v. Reardon.....	[1945] O.R. 85 (C.A.).	364
R. v. Redpath.....	(1962), 46 Cr. App. R. 319.	366, 613
R. v. Reid.....	(1975), 62 Cr. App. R. 109.	841

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Robichaud	(1951), 12 C.R. 167.	1077
R. v. Sawrenko	(1971), 4 C.C.C. (2d) 33.	1083
R. v. Scheer Ltd.	[1974] S.C.R. 1046.	1001
R. v. Spatola	(1970), 10 C.R.N.S. 143.	285
R. v. Steele	(1923), 33 B.C.R. 197.	366
R. v. Steinberg	[1931] O.R. 222.	282
R. v. Sutherland	[1967], 58 W.W.R. 441, [1967] 2 C.C.C. 84.	649
R. v. Sylvain <i>et al.</i>	[1965] S.C.R. 164.	75
R. v. The Vessel "Besseggen"	(1973), 12 C.C.C. (2d) 185.	104
R. v. Thomas	[1951] O.R. 422.	606, 612
R. v. Warren	(1973), 14 C.C.C. (2d) 188.	194
R. v. White, Dubeau and McCullough	(1974), 16 C.C.C. (2d) 162.	367, 377, 606
R. v. Whitehouse (Elias Savage)	[1941] 1 W.W.R. 112.	708
R. v. Williams	(1975), 21 C.C.C. (2d) 1.	1086
Radio case	[1932] A.C. 304.	168
Ramsay v. Ramsay	(1913), 108 L.T. 382 (Prob. D.).	236
Re Inman, Inman v. Inman	[1915] 1 Ch. 187.	316
Re Lattimer	(1906), 10 C.C.C. 244.	1080
Re Metro Toronto & L. J. McGuinness & Co. Ltd.	[1960] O.R. 267.	894
Re Saskatchewan Government Insurance Office v. Saskatoon	[1947] 2 W.W.R. 1028, [1948] 2 D.L.R. 30.	254
Re Shields and City of Winnipeg	(1964), 47 D.L.R. 346, 49 W.W.R. 530.	244
Re Waterman's Will Trusts; Lloyds Bank Ltd v. Sutton	[1952] 2 All E. R. 1054.	315
Re Windsor Steam Coal Co. (1901), Ltd.	[1929] 1 Ch. 151.	319
Reference as to the Validity of Section 16 of the Special War Revenue Act	[1942] S.C.R. 429.	511
Reference re Alberta Statutes	[1938] S.C.R. 100.	164
Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour	[1925] S.C.R. 505.	171
Reference re Ontario Farm Products Marketing Act	[1957] S.C.R. 198.	163
Reference re The Weekly Rest in Industrial Work Act	[1936] S.C.R. 461.	171
Regent Taxi and Transport Company v. La Congrégation des Petits Frères Maristes	[1929] S.C.R. 650, rev'd. [1932] A.C. 295. ..	75
Regina Public School v. Gratton Separate School	(1915), 50 S.C.R. 589.	889
Rex and Attorney-General of Saskatchewan v. Meilicke (No. 2)	[1938] 2 W.W.R. 97.	391
Rhéaume v. City of Quebec	[1959] S.C.R. 609.	855
Richard v. Levasseur	[1957] C.S. 323.	351
Ritchie and Dobbie v. Stanstead and Sherbrooke Fire Insurance Company	(1940), 7 I.L.R. 41.	1044, 1052
Roberts v. Louisiana	(1976), 44 U.S. LW 5281.	689
Robillard v. La Commission Hydroélectrique de Québec	[1954] S.C.R. 695.	1031
Rolls v. Miller	(1884), 27 Ch.D. 71.	738
Rose v. Plenty	[1976] 1 All E.R. 97.	478
Royal Bank v. Concrete Column Clamps	[1977] 2 S.C.R.	456, 564
Royal Trust Co. and McMurray v. Crawford <i>et al.</i>	[1955] S.C.R. 184.	316
Royal Trust Company <i>et al.</i> v. The Minister of National Revenue	[1968] S.C.R. 505.	816
Runyowa v. Reginam	[1966] 1 All E.R. 633.	687

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
S		
S. & S. Industries Inc. v. Rowell	[1966] S.C.R. 419.	154
S. Pearson & Son Ltd. v. Dublin Corp.	[1907] A.C. 351.	479
S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack	[1927] A.C. 37.	910
Salvesen v. Administrator of Austrian Property	[1927] A.C. 641.	232
Schlomann v. Dowker	(1900), 30 S.C.R. 323.	743
Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board	[1938] A.C. 708.	163
Shaw v. Gould	(1868), L.R. 3 E. & I. App. 55.	229
Shipman v. Bank of the State of New York	(1891), 27 N.E. 371 (N.Y.).	475
Skill and Thompson, Re	(1908), 17 O.L.R. 186.	931, 953
Snell v. Unity Finance Co. Ltd.	[1964] 2 Q.B. 203.	110
Société Générale de Paris v. Dreyfus Brothers	(1887), 37 Ch. D. 215.	451
Sowden	(1964), 49 Cr. App. Rep. 32.	126, 132
Sparks and Fairfax v. Thompson	[1975] 1 S.C.R. 618.	911
Spataro v. The Queen	[1974] S.C.R. 253.	125, 129
St. Pierre v. Lefebvre	(1935), 61 Que. Q.B. 168.	80
Steel Co. of Canada Ltd. v. The Queen	[1955] S.C.R. 161.	39
Stendel v. Moidel and Lawrence	[1977] 2 S.C.R. 256.	265
Stephens v. Falchi	[1938] S.C.R. 354.	350
Stevens v. Theatres, Ltd.	[1903] 1 Ch. 857.	965, 981, 990
Stuart v. Eaton	(1857), 8 L.C.R. 113.	76
Summers v. The Commercial Union Assurance Company	(1881), 6 S.C.R. 19.	1050
Sun Oil Co. v. City of Hamilton & Veale	[1961] O.R. 209.	1141
Sunbeam Corp. (Canada) Ltd. v. The Queen	[1969] S.C.R. 221.	527
Sura v. Minister of National Revenue	[1962] S.C.R. 65.	814
T		
Talbot v. The Queen	[1965] Que. Q.B. 159.	127, 129
Tanguay v. Price	(1906), 37 S.C.R. 657.	75
Tarn v. Turner	(1888), 39 Ch. D. 456.	987
The Atlantic Star	[1973] 2 All E. R. 175, rev'g [1972] 3 All E. R. 705.	441, 452
The Heinrich Bjorn	(1885), 10 P.D. 44.	439
The Jupiter (No.2)	[1925] P. 69.	442, 447
Thomas v. The Queen	[1952] 2 S.C.R. 344.	373
Tolley v. Fry	[1930] 1 K.B. 467.	110
Toronto Police Ass. v. Board of Commissioners	[1975] 1 S.C.R. 630.	573
Travers v. Holley	[1953] P. 246.	227
Trower and Sons, Ld. v. Ripstein	[1944] A.C. 254.	867
Trustees of the Roman Catholic Separate Schools v. The Quebec Bank	[1920] A.C. 230.	592
Turcotte v. Dansereau	(1897), 27 S.C.R. 583.	1031
U		
Underhill v. Ministry of Food	[1950] 1 All E.R. 591.	595
Ungaro v. R.	[1950] S.C.R. 430.	671, 673, 678

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
United States Cold Storage Co. v. Central Manufacturing District Bank	(1931), 175 N.E. 825 (Ill.)	475
V		
Vachon v. Deschesnes	(1935), 59 Que. Q.B. 193.	80
Vagliano case	[1891] A.C. 107.	484
Vaillancourt v. The Eastern Townships Regional School Board	[1974] C.A. 172.	853
Vanatta v. United States	(1923), 289 F. 424.	529
Vancouver Growers Ltd. v. McLenan and B.C. Coast Vegetable Marketing Board	[1937] 3 W.W.R. 119.	593
Vescio v. The King	[1949] S.C.R. 139.	129
Vinden v. Hughes	[1905] 1 K.B. 795.	463, 483
Vitkovice Horni v. Korner	[1951] A.C. 869.	447
W		
Waimiha Sawmilling Company Limited v. Waione Timber Com- pany Limited	[1926] A.C. 101.	927, 952
Wandlyn Motels v. Commerce General Insurance Company	[1970] S.C.R. 992.	1044
Watt v. Smith	[1968] S.C.R. 117.	275
White v. R.	[1947] S.C.R. 268.	291
Williams v. North Carolina	(1944), 325 U.S. 226.	233
Windsor Education Board v. Ford Motor Company of Canada, Limited	[1941] A.C. 453, [1939] S.C.R. 412. ..	883, 887
Witco Chemical Co. v. Oakville	[1975] 1 S.C.R. 273, (1974), 43 D.L.R. (3d) 413.	125, 1142
Woods v. Miramichi Hospital	[1966], 59 D.L.R. (2d) 290.	552
Woodson and Waxton v. North Carolina	(1976), 44 U.S. LW 5267.	689
Wu v. The King	[1934] S.C.R. 609.	19
Z		
Zacks v. Zacks	[1973] S.C.R. 891.	184
Zbryski v. City of Calgary	(1965), 51 D.L.R. (2d) 54.	957
Zong v. The Commissioner of Penitentiaries	[1976] 1 F.C. 657.	50
Zurich Life Insurance Co. of Canada v. Royal Bank of Canada	(1973), 36 D.L.R. (3d) 750 (B.C.).	473, 483

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 1977

2^e volume, 1977

The College of Physicians and Surgeons of Ontario *Appellant*;

and

Dr. Olindo Casullo *Respondent*.

1976: March 25; 1976: May 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Physicians and surgeons — Discipline Committee — Professional misconduct — Impartiality of Discipline Committee.

Respondent was found guilty of professional misconduct by the Discipline Committee of the College of Physicians and Surgeons in that, having a financial interest in a laboratory, he directed to that laboratory unreasonable and excessive orders and requisitions for tests for certain of his patients.

At the hearing members of the committee questioned respondent closely and showed annoyance with his evasiveness on whether he had a financial interest in the laboratory. An appeal from the Committee's decision was dismissed by Donnelly J. sitting in Weekly Court on the basis that there was sufficient evidence to support the findings of the Committee and that respondent was given a fair hearing and afforded reasonable opportunity of presenting his answer to the charges.

Before the Court of Appeal where it was again urged that the Committee had failed to act impartially, that Court allowed respondent's appeal and remitted the matter for rehearing, by a Discipline Committee differently constituted.

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

Professional discipline committees are under a duty to act judicially. Members of the Committee acknowledged that they were perhaps taking too active a role in the examination of witnesses. They questioned respondent particularly closely. However this questioning pertained only to the question of financial interest and there was no indication that the Committee's understandable annoyance with respondent's evasiveness affected its judgment on the issue of the unreasonably and excessive tests particularly in light of the Committee's awareness that it might appear to be prosecuting rather than judging.

Le Collège des médecins et chirurgiens de l'Ontario *Appelant*;

et

Le docteur Olindo Casullo *Intimé*.

1976: le 25 mars; 1976: le 5 mai.

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

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

Médecins et chirurgiens — Conseil de discipline — Faute professionnelle — Impartialité du conseil de discipline.

Le conseil de discipline du Collège des médecins et chirurgiens a décidé que l'intimé s'était rendu coupable d'une faute professionnelle au motif qu'il détenait une participation financière dans un laboratoire et qu'il avait adressé à ce laboratoire, pour certains de ses patients, des commandes et des demandes d'examens déraisonnables et excessives.

A l'audition, certains membres du conseil ont soumis l'intimé à un interrogatoire serré et n'ont pas caché leur agacement suscité par ses déclarations évasives au sujet de sa participation financière dans le laboratoire. Le juge Donnelly siégeant en session hebdomadaire a rejeté l'appel de la décision du conseil aux motifs qu'il y avait assez de preuves à l'appui des conclusions du conseil et que l'intimé avait eu une audition impartiale et la possibilité de répondre aux accusations.

La partialité du conseil de discipline a été de nouveau alléguée devant la Cour d'appel; celle-ci a accueilli l'appel et renvoyé l'affaire à un conseil de discipline différemment constitué pour nouvelle audition.

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

Les conseils de discipline professionnelle doivent agir de façon judiciaire. Les membres du conseil ont reconnu qu'ils étaient peut-être intervenus trop activement dans l'interrogatoire des témoins. Ils ont soumis l'intimé à un interrogatoire particulièrement serré. Cependant, cet interrogatoire visait uniquement la question de la participation financière et rien ne montre que l'agacement compréhensible du conseil, suscité par les déclarations évasives de l'intimé, ait influé sur son jugement sur le caractère déraisonnable et excessif des examens, d'autant plus que le conseil se rendait compte qu'il risquait de paraître accusateur plutôt que juge.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ allowing an appeal from a judgment of Donnelly J. at Weekly Court, dismissing an appeal from a finding by the Discipline Committee of the College of Physicians and Surgeons of Ontario that respondent was guilty of professional misconduct. Appeal allowed, cross-appeal dismissed.

Robert Armstrong, for the appellant.

Claude Thomson and *M. Woogh*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

JUDSON J.—After a hearing held pursuant to what is now s. 34 of *The Medical Act*, R.S.O. 1970, c. 268, the Discipline Committee of the College of Physicians and Surgeons of Ontario found, on October 23, 1970, that Dr. Olindo Casullo was guilty of professional misconduct. An appeal to a judge of the Supreme Court pursuant to s. 43 of *The Medical Act*, *supra*, was dismissed by Donnelly J. on October 11, 1972. On December 21, 1973, the Court of Appeal for Ontario, in a judgment reported at (1973), 2 O.R. (2d) 61, allowed an appeal from this order of dismissal and remitted the matter for rehearing by a Discipline Committee differently constituted. On application of the College of Physicians and Surgeons, the Court of Appeal by order dated April 16, 1974, granted leave to appeal to this Court.

The charge of professional misconduct against Dr. Casullo was based on the following allegations:

1. Within the period from September 1968 to December 1968, having a financial interest in St. Anna Medical Laboratory Ltd. and/or St. Anna Medical Centre, you obtained or sought to obtain an excessive financial benefit, by directing to that laboratory, orders and/or requisitions for tests which were billed to Ontario Medical Services Insurance Plan, in respect of some or all of the following patients, which orders and/or requisitions, in the circumstances in which they were ordered and/or requisitioned were, in whole or in part, unreasonable and/or grossly excessive: (six patients named).

¹ (1973), 2 O.R. (2d) 61.

POURVOI et POURVOI INCIDENT à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ accueillant un appel d'un jugement rendu par le juge Donnelly, siégeant en session hebdomadaire, rejetant un appel interjeté à l'encontre d'une décision du conseil de discipline du Collège des médecins et chirurgiens de l'Ontario selon laquelle l'intimé était coupable d'une faute professionnelle. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Robert Armstrong, pour l'appelant.

Claude Thomson et *M. Woogh*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE JUDSON—Après avoir tenu une audience conformément à l'actuel art. 34 de la *Medical Act*, R.S.O. 1970, c. 268, le conseil de discipline du Collège des médecins et chirurgiens de l'Ontario a décidé le 23 octobre 1970 que le docteur Olindo Casullo s'était rendu coupable d'une faute professionnelle. Le 11 octobre 1972, le juge Donnelly a rejeté un appel logé auprès de la Cour suprême conformément à l'art. 43 de la *Medical Act*. Le 21 décembre 1973, la Cour d'appel de l'Ontario, dans un jugement publié à (1973) 2 O.R. (2d) 61, a accueilli un appel formé contre cette ordonnance de rejet et elle a renvoyé l'affaire à un conseil de discipline différemment constitué pour nouvelle audition. A la demande du Collège des médecins et chirurgiens, la Cour d'appel a autorisé, par un ordre du 16 avril 1974, un pourvoi devant cette Cour.

L'accusation de faute professionnelle portée contre le docteur Casullo repose sur les prétentions suivantes:

[TRADUCTION] 1. Détenant une participation financière dans St. Anna Medical Laboratory Limited et (ou) St. Anna Medical Centre, vous avez obtenu ou cherché à obtenir de septembre à décembre 1968 des avantages financiers excessifs en adressant à ce laboratoire des commandes et (ou) des demandes d'examen facturés au Ontario Medical Services Insurance Plan pour les patients suivants, ou certains d'entre eux. Dans tous ces cas, les commandes et (ou) les demandes étaient en totalité ou en partie déraisonnables et (ou) tout à fait excessives: (suivent les noms de six patients).

¹ (1973), 2 O.R. (2d) 61.

2. Within the period from October 1968 to April 1969, having a financial interest in St. Anna Medical Laboratory Ltd. and/or St. Anna Medical Centre, you obtained or sought to obtain an excessive financial benefit, by directing to that laboratory, orders and/or requisitions for tests which were billed to Associated Medical Services, in respect of some or all of the following patients, which orders and/or requisitions, in the circumstances in which they were ordered and/or requisitioned were, in whole or in part, unreasonable and/or grossly excessive: (eight patients named).

It will be noted that the two paragraphs allege the same type of misconduct but in relation to different time periods, paying agencies and patients. As indicated in the reasons for judgment of the courts below, the essential elements of the charges are that (1) Dr. Casullo had a financial interest in St. Anna Medical Laboratory Limited; (2) he obtained, or sought to obtain, an excessive financial benefit by directing to that laboratory orders and requisitions for tests which were billed to Ontario Medical Services Insurance Plan or Associated Medical Services; and (3) in the circumstances which existed, the orders and requisitions were in whole or in part unreasonable and grossly excessive.

The laboratory accounts for Dr. Casullo's patients were in some cases four or five times the fees for his professional services. Dr. K. J. R. Wightman, a Senior Physician at the Toronto General Hospital and Professor of Medicine at the University of Toronto, testified on behalf of the College that many of the tests ordered by Dr. Casullo were either unnecessary or duplicated by other tests. He acknowledged that some members of the medical profession believe that a thorough physical examination should include a complete set of laboratory tests and indicated that the multi-basic-screening approach is being researched by some larger hospitals and pathology groups. In his opinion, however, extensive laboratory screening is not economically sound and is not always in the best interests of the patient. He stated that "it is more sensible to have a very small sort of screen and then expand that according to what you find on examination or enquiry with the patient, and what you find in the initial laboratory test." On

2. Détenant une participation financière dans St. Anna Medical Laboratory Limited et (ou) St. Anna Medical Centre, vous avez obtenu ou cherché à obtenir d'octobre 1968 à avril 1969 des avantages financiers excessifs en adressant à ce laboratoire des commandes et (ou) des demandes d'examens facturés aux Associated Medical Services pour les patients suivants ou certains d'entre eux. Dans tous ces cas, les commandes et (ou) les demandes étaient en totalité ou en partie déraisonnables et (ou) tout à fait excessives: (suivent les noms de huit patients).

On remarquera que les deux paragraphes visent le même type d'infraction, mais concernant des périodes, des organismes et des patients différents. Comme l'indiquent les motifs de jugement des tribunaux d'instance inférieure, les accusations reposent essentiellement sur les éléments suivants (1) le docteur Casullo détenait une participation financière dans St. Anna Medical Laboratory Limited; (2) il a obtenu ou cherché à obtenir des avantages financiers excessifs en adressant à ce laboratoire des commandes et des demandes d'examens facturés aux Associated Medical Services ou au Ontario Medical Services Insurance Plan; et (3) dans tous ces cas, les commandes ou les demandes étaient en totalité ou en partie déraisonnables et tout à fait excessives.

Les factures de laboratoire pour les patients du docteur Casullo étaient dans certains cas quatre ou cinq fois plus élevées que les honoraires qu'il demandait pour ses services professionnels. Le docteur K. J. R. Wightman, médecin principal à l'Hôpital général de Toronto et professeur de médecine à l'Université de Toronto, a témoigné au nom du Collège que de nombreux examens commandés par le docteur Casullo étaient inutiles ou faisaient double emploi avec d'autres. Il a reconnu que certains médecins estiment qu'une visite médicale complète devrait comprendre toute une série d'examens en laboratoire et il a indiqué que certains grands hôpitaux et groupes de pathologistes étudient les techniques de dépistage à plusieurs niveaux. A son avis cependant, les examens approfondis en laboratoire ne sont pas économiquement sains et ne sont pas toujours dans le meilleur intérêt du patient. Il a déclaré que [TRADUCTION] «il est plus judicieux de procéder à un dépistage plus limité et de l'approfondir ensuite en fonction

the basis of the clinical notes submitted by Dr. Casullo, Dr. Wightman testified that in his opinion many of the tests ordered by Dr. Casullo were either not warranted by clinical findings or not necessary in view of other tests ordered.

Dr. Wightman indicated that where automated laboratory machines are used, a large number of tests can often be done on one sample of blood simultaneously. No evidence was called to establish whether St. Anna Medical Laboratory Limited used automated procedures. The medical director of the laboratory, Dr. M. A. Moscarello, was called by Dr. Casullo's counsel on the express understanding that he would be asked only about Dr. Casullo's financial relationship with the laboratory and not about laboratory procedures. Dr. Casullo called no evidence with respect to the reasonableness of the tests he had ordered, but in a letter written to the College before the charges were laid, he asserted that he had acted exclusively in the interests of his patients.

The evidence tending to establish that Dr. Casullo had a financial interest in St. Anna Medical Centre Limited and St. Anna Medical Laboratory Limited was contained in corporate returns for 1968 and 1969 indicating that Dr. Casullo was a director and president of both companies. On June 23 and 24, 1970, when the Discipline Committee first met to consider the charges against Dr. Casullo, the corporate returns had not been filed. Counsel for the College called the solicitor who had incorporated the companies and subsequently served as one of their directors to give evidence with respect to Dr. Casullo's financial relationship with the companies. On the instructions of Dr. Casullo's counsel, the solicitor claimed solicitor-client privilege and refused to answer questions. The Discipline Committee adjourned so that the College's counsel could consider whether to seek an order forcing the solicitor to testify. During the adjournment, the 1968 and 1969 corporate returns

des résultats de l'examen clinique ou des discussions avec le patient et des résultats de l'analyse initiale en laboratoire». Après avoir examiné les observations cliniques présentées par le docteur Casullo, le docteur Wightman a déclaré que de nombreux examens demandés par le docteur Casullo n'étaient ni justifiés par les résultats cliniques ni nécessaires compte tenu d'autres examens demandés.

Le docteur Wightman a indiqué que, lorsque le laboratoire dispose de machines automatiques, on peut effectuer un grand nombre d'examens sur le même prélèvement sanguin. Aucune preuve n'établit que St. Anna Medical Laboratory Limited utilisait des méthodes automatisées. Le directeur médical du laboratoire, le docteur M. A. Moscarello, a été cité à comparaître par l'avocat du docteur Casullo à la condition expresse d'être interrogé uniquement sur les relations financières du docteur Casullo avec le laboratoire et non pas sur les méthodes du laboratoire. Le docteur Casullo n'a fourni aucune preuve sur le caractère raisonnable des examens qu'il avait demandés, mais il a affirmé dans une lettre adressée au Collège avant le dépôt des accusations, qu'il avait agi uniquement dans l'intérêt de ses patients.

On trouve la preuve tendant à établir que le docteur Casullo détenait une participation financière dans St. Anna Medical Centre Limited et St. Anna Medical Laboratory Limited dans les déclarations des compagnies pour 1968 et 1969; elles montrent que le docteur Casullo était directeur et président des deux compagnies. Les 23 et 24 juin 1970, lorsque le conseil de discipline s'est réuni pour la première fois pour examiner les accusations portées contre le docteur Casullo, ces déclarations n'avaient pas été produites. L'avocat du Collège a demandé à l'avocat qui avait constitué les compagnies et qui était devenu par la suite un de leurs directeurs, de témoigner sur les relations financières entre le docteur Casullo et les compagnies. Sur les conseils de l'avocat du docteur Casullo, il s'est prévalu du caractère confidentiel des relations entre lui et son client et a refusé de répondre aux questions. Le conseil de discipline a ajourné pour que l'avocat du Collège puisse exami-

for St. Anna Medical Centre Limited and St. Anna Medical Laboratory Limited were filed.

When the hearing resumed on October 22, 1970, the corporate returns were entered in evidence to establish that as a director and president of the companies Dr. Casullo had a financial interest in them. Dr. Casullo's counsel considered that there was a case to meet and thus placed Dr. Casullo on the stand. Dr. Casullo testified that he held only one share of each company in trust and denied that he had a financial interest in either St. Anna Medical Centre Limited or St. Anna Medical Laboratory Limited. He explained that in 1965 he had decided to construct a medical building and that Romilda DePaulis, a woman in Italy, had agreed to assist him to obtain financing by investing in two companies which would lease space in the building. St. Anna Medical Centre Limited was incorporated in 1965 on application of Dr. Casullo, his then solicitor and his accountant. Its objects were "to own and manage a professional building or buildings and to lease space therein". In 1970, the company leased approximately 1,000 square feet of space in the building, paying rent of \$800 each month. The role of the company is not clear since Dr. Casullo testified that he personally owned the building and acted as its landlord. St. Anna Medical Laboratory Limited was incorporated in 1968 after the building was completed. Dr. Casullo and two of his solicitors served as directors, with Dr. Casullo acting as president. The medical laboratory occupied 1,200 square feet of space on two floors of the building and paid a monthly rent of \$1,800.

Dr. Casullo testified that he managed both companies on behalf of Mrs. DePaulis, but claimed he knew nothing about their financial affairs. He claimed he did not know how much capital or how many issued shares the companies had, or how much money Mrs. DePaulis had invested in them.

ner la possibilité de demander une ordonnance obligeant l'avocat à témoigner. Pendant ce temps, les déclarations des compagnies St. Anna Medical Centre Limited et St. Anna Medical Laboratory Limited pour 1968 et 1969 ont été produites.

Lorsque l'audience reprit le 22 octobre 1970, les déclarations ont été versées au dossier comme preuve que le docteur Casullo, en tant que directeur et président des compagnies, détenait une participation financière dans celles-ci. Considérant qu'il fallait réfuter cette preuve, l'avocat du docteur Casullo lui demanda alors de témoigner. Le docteur Casullo déclara qu'il détenait une seule action de chaque compagnie en fiducie et il a nié détenir une participation financière dans St. Anna Medical Centre Limited ou St. Anna Medical Laboratory Limited. Il expliqua qu'en 1965, il avait décidé de construire un immeuble destiné aux professions médicales. Romilda DePaulis, demeurant en Italie, avait accepté de l'aider à obtenir le financement nécessaire en investissant dans deux compagnies qui loueraient des locaux dans l'immeuble. St. Anna Medical Centre Limited a été constituée en 1965 à la demande du docteur Casullo, de son avocat de l'époque et de son comptable. Elle avait pour objet [TRADUCTION] «de posséder, de gérer et de louer un ou des immeubles destinés à des professionnels». En 1970, la compagnie loua une superficie d'environ 1,000 pieds carrés dans l'immeuble moyennant un loyer mensuel de \$800. Le rôle de la compagnie n'est pas clair, le docteur Casullo ayant déclaré qu'il était personnellement propriétaire de l'édifice et qu'il en était le bailleur. St. Anna Medical Laboratory Limited a été constituée en corporation en 1968 après l'achèvement de l'immeuble. Le docteur Casullo et deux de ses avocats siégeaient au conseil d'administration dont le docteur Casullo était président. Le laboratoire médical occupait 1,200 pieds carrés sur deux étages de l'immeuble et versait un loyer mensuel de \$1,800.

Le docteur Casullo a déclaré gérer les deux compagnies au nom de M^{me} DePaulis, mais a prétendu ne pas être au courant de leur situation financière. Il a prétendu ignorer quel était le capital social des compagnies ou le nombre d'actions émises, ou le montant des investissements de M^{me}

He further denied that Mrs. DePaulis had received any return on her investment. Later, under close questioning by members of the Discipline Committee, Dr. Casullo stated that Mrs. DePaulis had invested \$15,000-\$20,000 in St. Anna Medical Laboratory Limited and that he had sent her \$150,000-\$200,000 although he was under no obligation to do so.

Dr. Casullo claimed to hold only one share in trust in St. Anna Medical Laboratory Limited, but the evidence showed that 300 shares were issued and outstanding. The only evidence that Dr. Casullo held these shares and those of St. Anna Medical Centre Limited as trustee for Mrs. DePaulis was contained in two trust agreements. The documents were dated May 19, 1965 and January 22, 1968, the dates of incorporation of the companies to which they related, but admittedly neither document was prepared until 1970. A solicitor for Dr. Casullo explained that the legal affairs of several corporate clients had been neglected and that his responsibility after joining the firm was to bring them up to date. He had thus filed the corporate returns and drafted the trust agreements on the basis of information supplied by Dr. Casullo. The trust agreements were purportedly signed by Romilda DePaulis as well as Dr. Casullo, but neither signature was witnessed, and there was no other proof of Mrs. DePaulis' signature or, in fact, of her existence. The solicitor who drafted the trust agreements admittedly had no independent knowledge of the facts embodied therein.

After the hearings of the Discipline Committee were adjourned on June 24, 1970, the shares of St. Anna Medical Laboratory Limited were sold to Immolika Anstalt, a Liechtenstein company. A representative of the company verified by letter that Dr. Casullo was not a shareholder directly or indirectly in the Liechtenstein company. At the time of the final hearing of the Discipline Committee on October 22, 1970, the shares of St. Anna Medical Laboratory Limited were being held in

DePaulis dans ces compagnies. Il a également nié que M^{me} DePaulis ait tiré quelque revenu de son investissement. Par la suite, le docteur Casullo déclara au cours d'un interrogatoire serré mené par les membres du conseil de discipline que M^{me} DePaulis avait investi entre \$15,000 et \$20,000 dans St. Anna Medical Laboratory Limited et qu'il lui avait fait parvenir de \$150,000 à \$200,000 bien qu'il n'ait pas été obligé de le faire.

Le docteur Casullo a prétendu détenir une seule action en fiducie dans St. Anna Medical Laboratory Limited, mais il ressort de la preuve que 300 actions étaient émises et en circulation. La seule preuve que le docteur Casullo détenait ces actions et celles de St. Anna Medical Centre Limited en fiducie pour M^{me} DePaulis provient de deux actes de fiducie. Les documents étaient datés du 19 mai 1965 et du 22 janvier 1968, dates de constitution des compagnies auxquelles ils ont trait, mais les parties ont reconnu qu'aucun des documents n'a été dressé avant 1970. Un avocat du docteur Casullo expliqua que la situation juridique de plusieurs compagnies clientes avait été négligée et qu'il lui incombait d'y remettre de l'ordre en entrant à leur service. Il a donc produit les déclarations des compagnies et rédigé les actes de fiducie sur la base des renseignements que lui avait fournis le docteur Casullo. Les actes de fiducie ont prétendument été signés par Romilda DePaulis et par le docteur Casullo, mais ni l'une ni l'autre de ces signatures n'a été certifiée; il n'y avait par ailleurs aucune authentification de la signature de M^{me} DePaulis ou même de son existence. L'avocat qui a rédigé les actes de fiducie a reconnu qu'il n'avait pas de connaissance directe des faits qu'il mentionnaient.

Après la suspension des audiences du conseil de discipline, le 24 juin 1970, les actions de St. Anna Medical Laboratory Limited ont été vendues à Immolika Anstalt, une compagnie du Liechtenstein. Un de ses représentants confirma par lettre que le docteur Casullo n'était pas directement ou indirectement actionnaire de la compagnie du Liechtenstein. A la date de la dernière audience du conseil de discipline, le 22 octobre 1970, les actions de St. Anna Medical Laboratory Limited étaient

escrow by a trust company pending payment by Immolika Anstalt.

The Discipline Committee found Dr. Casullo guilty of professional misconduct and ordered that he be suspended for twelve months and pay costs of the hearing not exceeding \$4,000. The Committee found that the laboratory tests requisitioned by Dr. Casullo were unreasonable and grossly excessive. Wherever there was conflict between the evidence of Dr. Wightman and Dr. Casullo, the Committee was unable to accept the opinion of Dr. Casullo. The Discipline Committee also found on the balance of probability that Dr. Casullo had a financial interest in St. Anna Medical Laboratory Limited. It attached little weight to the trust agreements since there was no credible evidence that they existed in 1968 or 1969. The signature of Romilda DePaulis was not proved and none of the signatures was witnessed. The Committee also attached significance to the fact that shortly after the first hearing of the Committee, changes were made in the structure of the company to transfer its assets to the Liechtenstein corporation.

An appeal from the Committee's decision was dismissed by Donnelly J. sitting in Weekly Court. He held that there was sufficient evidence to support the findings of the Committee. He did not accept Dr. Casullo's explanation of the trust arrangement. In the first place, he rejected Dr. Casullo's contention that St. Anna Medical Centre Limited and St. Anna Medical Laboratory Limited were incorporated in order to assist in financing the construction of the building. Donnelly J. pointed out that it was improbable that a person approached to advance money would be influenced by a lease with St. Anna Medical Centre Limited which was newly incorporated to own and manage professional buildings. In addition, since St. Anna Medical Laboratory Limited was not incorporated until after the building was completed, it is unlikely that it would have assisted in obtaining financing to construct the building. Secondly, Donnelly J. emphasized that even though Dr. Casullo was the president of St. Anna Medical Laboratory Limited and active in its management,

détenues par une compagnie de fiducie en attendant que Immolika Anstalt en verse le prix.

Le conseil de discipline conclut à la faute professionnelle du docteur Casullo et ordonna qu'il soit suspendu pendant douze mois et qu'il paye les dépens de l'audience jusqu'à concurrence de \$4,000. Le conseil conclut que les examens de laboratoire demandés par le docteur Casullo étaient déraisonnables et tout à fait excessifs. Lorsque les témoignages du docteur Wightman et ceux du docteur Casullo s'opposaient, le conseil n'a pas pu accepter l'avis du docteur Casullo. Le conseil de discipline conclut également d'après la prépondérance des probabilités que le docteur Casullo détenait une participation financière dans St. Anna Medical Laboratory Limited. Il accorda peu d'importance aux actes de fiducie puisque rien ne prouvait vraiment qu'ils existaient en 1968 ou 1969. La signature de Romilda DePaulis n'a pas été authentifiée et aucune signature n'a été certifiée. Le conseil accorda également de l'importance au fait que peu après sa première audience, il y a eu des changements dans l'organisation de la compagnie visant à transférer ses actifs à la compagnie du Liechtenstein.

Le juge Donnelly siégeant en session hebdomadaire a rejeté l'appel de la décision du conseil. Il a jugé qu'il y avait assez de preuves à l'appui des conclusions du conseil. Il a rejeté l'explication de l'acte de fiducie donnée par le docteur Casullo. En premier lieu, il a rejeté la prétention du docteur Casullo selon laquelle St. Anna Medical Centre Limited et St. Anna Medical Laboratory Limited ont été constituées pour permettre le financement de la construction de l'immeuble. Le juge Donnelly a souligné qu'il était peu probable qu'une personne pressentie pour prêter de l'argent soit influencée par un bail avec St. Anna Medical Centre Limited, une compagnie récemment constituée pour agir comme propriétaire et gérant d'immeubles destinés à des professionnels. En outre, étant donné que St. Anna Medical Laboratory Limited n'a pas été constituée avant l'achèvement de l'immeuble, il est peu probable que cela aurait permis d'obtenir le financement de la construction. En second lieu, le juge Donnelly a fait valoir que même si le docteur Casullo était président de St.

none of its books or records was produced to substantiate his claim that he acted only as trustee.

Donnelly J. dismissed an allegation that the Discipline Committee had failed to give Dr. Casullo a fair and impartial hearing. He acknowledged that it would have been preferable had certain questions put to Dr. Casullo by members of the Committee not been asked, but pointed out that the impugned questions may have resulted from impatience or annoyance at the manner in which Dr. Casullo testified. On the basis of the whole record, Donnelly J. considered that Dr. Casullo was given a fair hearing and afforded a reasonable opportunity of presenting his answer to the charges.

Before the Court of Appeal, it was again urged that the Discipline Committee had failed to act impartially. On behalf of the Court, Kelly J.A. stated:

In the course of the member's testimony, particularly with regard to his possible financial interest in the laboratory, the member was far from frank and less than cooperative. Unquestionably and understandably the members of the Discipline Committee became impatient with the member's evasiveness and showed annoyance with him by the manner in which the member was questioned. The Chairman conceded that there was difficulty in maintaining the role of the Discipline Committee as judges and not as prosecutors.

While we do not suggest that the text of the record necessarily demonstrates that the Discipline Committee failed to act in good faith, fairly and impartially, in view of the necessity that the evidence as to unreasonableness or excessiveness of the tests should be weighed with apparent objectivity, the record may well fail to pass the test that from it justice must appear to have been done.

The Court of Appeal thus allowed Dr. Casullo's appeal and remitted the matter for rehearing by a Discipline Committee differently constituted. Since the unbecoming conduct of Dr. Casullo was a contributing factor in making necessary the intervention of the Court of Appeal, no order was made as to costs of the appeal. Subsequently, the Court of Appeal granted leave to the College of Physicians and Surgeons to appeal to this Court.

Anna Medical Laboratory Limited et participait activement à sa gestion, il n'a produit aucun livre ni registre pour prouver qu'il n'agissait qu'à titre de fiduciaire.

Le juge Donnelly a rejeté la prétention selon laquelle le conseil de discipline n'avait pas accordé au docteur Casullo une audition juste et impartiale. Il a reconnu qu'il eût été préférable que les membres du conseil ne posent pas certaines questions au docteur Casullo, mais il a signalé que certaines questions contestées ont peut-être été suscitées par l'agacement provoqué par l'attitude du docteur Casullo au cours de ses dépositions. Se fondant sur l'ensemble du dossier, le juge Donnelly a estimé que le docteur Casullo a eu une audition impartiale et qu'il a eu la possibilité de répondre aux accusations.

La partialité du conseil de discipline a été de nouveau alléguée devant la Cour d'appel. Au nom de la Cour, le juge Kelly a déclaré:

[TRADUCTION] Au cours de son témoignage, en ce qui concerne plus précisément son éventuelle participation financière dans le laboratoire, le membre est loin d'avoir fait preuve de franchise et d'esprit de collaboration. Sans doute, et cela se comprend, les membres du conseil de discipline ont-ils fait preuve d'impatience par suite de son manque de précision, et leur façon de l'interroger montre leur agacement. Le président a concédé que le conseil de discipline a eu du mal à s'en tenir à son rôle qui consiste à juger et non pas à accuser.

Sans laisser entendre que le dossier prouve nécessairement que le conseil de discipline n'a pas agi de bonne foi, avec justice et impartialité, eu égard à la nécessité de peser avec une apparente objectivité les éléments de preuve relatifs au caractère déraisonnable et excessif des examens, il se peut fort bien que ce dossier ne satisfasse pas au critère selon lequel il doit en ressortir que justice a été faite.

La Cour d'appel a alors accueilli l'appel du docteur Casullo et a renvoyé l'affaire à un conseil de discipline différemment constitué pour nouvelle audition. Il n'y a pas eu d'ordonnance relative aux dépens de l'appel puisque le comportement répréhensible du docteur Casullo a contribué à rendre nécessaire l'intervention de la Cour d'appel. Par la suite, celle-ci a autorisé le Collège des médecins et chirurgiens à se pourvoir en Cour suprême.

Although professional discipline committees are not expected to conduct themselves in every respect like courts of law, they are under a duty to act judicially. Since courts are reluctant to review a discipline committee's decision as to what constitutes professional misconduct, the committee's duty to act judicially takes on added significance. The record in this case shows that members of the Discipline Committee played an active role in examining witnesses throughout the hearing.

Members of the Committee acknowledged that they were perhaps taking too active a role in the examination of witnesses. They questioned Dr. Casullo particularly closely, thereby giving rise to the allegation that they did not conduct themselves impartially. Dr. Casullo's testimony on cross-examination by counsel for the College was evasive and confusing. Even to me, sitting on the third Court of Appeal, it is totally lacking in credibility. Members of the Discipline Committee questioned him in an effort to clarify their understanding of the corporations, their share structures, and Dr. Casullo's involvement with them. At the suggestion of his counsel, Dr. Casullo's testimony was interrupted and the solicitor who had drafted the ante-dated trust agreements was called to clarify these matters. The solicitor produced the trust agreements to the Committee, but since he had no information other than what Dr. Casullo had told him, his evidence was inconclusive.

Counsel for Dr. Casullo, supported by counsel for the College, then recommended that the Committee appoint an independent accountant to investigate the relationship between Dr. Casullo and the companies. He also suggested that the accountant might be sent to Italy to question Mrs. DePaulis. The Committee did not accept these recommendations and proceeded instead to examine Dr. Casullo. Under the Committee's close questioning, he revealed information about matters of which he had previously disclaimed any knowledge. Members of the Committee indicated their concern that they were acting as prosecutors rather than judges, but since they had rejected their counsel's advice

Bien que l'on n'attende pas des conseils de discipline professionnelle qu'ils agissent à tous égards comme des tribunaux, ils doivent agir de façon judiciaire. Comme les tribunaux se montrent réticents à examiner les décisions de conseils de discipline relatives à une faute professionnelle, cette obligation d'agir de façon judiciaire revêt une importance supplémentaire. Le dossier montre en l'espèce que les membres du conseil de discipline ont joué un rôle actif dans l'interrogatoire des témoins au cours de l'audience.

Les membres du conseil ont reconnu qu'ils étaient peut-être intervenus trop activement dans l'interrogatoire des témoins. Ils ont soumis le docteur Casullo à un interrogatoire particulièrement serré, ce qui a donné lieu à l'allégation qu'ils n'ont pas eu une attitude impartiale. Contre-interrogé par l'avocat du Collège, le docteur Casullo a fourni un témoignage évasif et confus. Même pour moi qui siège au troisième niveau d'appel, son témoignage manque complètement de crédibilité. Les membres du conseil de discipline l'ont interrogé pour éclaircir l'idée qu'ils se faisaient des compagnies, de la composition du capital social et de l'engagement du docteur Casullo à leur égard. Sur proposition de son avocat, le témoignage du docteur Casullo a été interrompu et on a demandé à l'avocat qui avait rédigé les actes de fiducie antédats d'éclaircir ces questions. L'avocat a produit les actes de fiducie au conseil, mais étant donné qu'il disposait uniquement des renseignements que lui avait donnés le docteur Casullo, sa déposition était peu concluante.

L'avocat du docteur Casullo, appuyé par l'avocat du Collège, a alors recommandé que le conseil nomme un comptable indépendant pour qu'il examine les relations entre le docteur Casullo et les compagnies. Il a également suggéré qu'on envoie le comptable en Italie pour interroger M^{me} DePaulis. Le conseil a refusé ces recommandations et a alors commencé à interroger le docteur Casullo. Soumis à l'interrogatoire serré du conseil, il a révélé des informations sur des points qu'il prétendait ne pas connaître auparavant. Les membres du conseil se sont montrés préoccupés d'agir en accusateurs plutôt qu'en juges, mais puisqu'ils avaient refusé de nommer un enquêteur sur les conseils de leur

to appoint an investigator, it appears that they felt obliged to conduct the subsequent examination of Dr. Casullo.

The Court of Appeal was concerned that the Committee's obvious annoyance with Dr. Casullo's evasiveness on the question of his financial interest in St. Anna Medical Laboratory Limited might appear to have colored its judgment on the question of whether he had ordered an excessive number of tests. The record shows that the Committee was clearly instructed by both counsel and on more than one occasion that the question of the appropriateness of the tests ordered was separate and distinct from the issue of financial interest. The Committee's close questioning of Dr. Casullo pertained only to his financial interest in the companies. The Committee's decision included separate findings, first, that Dr. Casullo had ordered an unreasonable or excessive number of tests and, second, that he had a financial interest in St. Anna Medical Laboratory Limited. In my opinion, there is no indication that the Committee's understandable annoyance with Dr. Casullo's evasiveness on the second issue affected its judgment on the first, particularly in light of the Committee's awareness that it might appear to be prosecuting rather than judging. I would agree with Donnelly J. that the decision of the Committee on both issues was supported by the evidence.

I would allow the appeal with costs throughout.

In this Court Dr. Casullo filed a cross-appeal asking that we set aside that portion of the decision of the Court of Appeal directing a rehearing of this matter by a Discipline Committee differently constituted, and further, that the decision of the Discipline Committee be set aside and a finding of "not guilty of professional misconduct" in respect of each of the two charges be substituted therefor. I would dismiss this cross-appeal with costs.

Appeal allowed with costs; cross-appeal dismissed with costs.

avocat, il appert qu'ils se soient sentis obligés de poursuivre l'interrogatoire du docteur Casullo.

La Cour d'appel s'est montrée inquiète du fait que l'agacement évident du conseil provoqué par les déclarations évasives du docteur Casullo au sujet de sa participation financière dans St. Anna Medical Laboratory Limited semble avoir coloré son jugement sur la question de savoir s'il avait demandé un nombre excessif d'examens. Le dossier montre que les deux avocats ont averti plusieurs fois le conseil que la question de l'utilité des examens demandés était bien distincte de la question de la participation financière. L'interrogatoire serré du docteur Casullo par le conseil visait uniquement sa participation financière dans les compagnies. La décision du conseil comprenait des conclusions distinctes: tout d'abord, le docteur Casullo avait ordonné un nombre déraisonnable ou excessif d'examens et, ensuite, il détenait une participation financière dans St. Anna Medical Laboratory Limited. Rien ne montre à mon avis que l'agacement compréhensible du conseil, suscité par les déclarations évasives du docteur Casullo au sujet du deuxième point en litige, ait influé sur son jugement sur le premier point, d'autant plus que le conseil se rendait compte qu'il risquait de paraître être un accusateur plutôt qu'un juge. Je suis d'accord avec le juge Donnelly pour déclarer que la preuve appuyait la décision du conseil sur les deux questions.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Le docteur Casullo a interjeté un pourvoi incident devant cette Cour nous demandant d'annuler la partie de la décision de la Cour d'appel qui ordonne une nouvelle audition de l'affaire par un conseil de discipline différemment constitué et nous demandant en outre d'annuler la décision du conseil de discipline et de conclure à «l'absence de faute professionnelle» à l'égard des deux accusations. Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi incident avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens; pourvoi incident rejeté avec dépens.

*Solicitors for the appellant: Harris, Keachie,
Garrow, Davies & Hunter, Toronto.*

*Procureurs de l'appellant: Harris, Keachie,
Garrow, Davies & Hunter, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Campbell, God-
frey & Lewtas, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Campbell, Godfrey &
Lewtas, Toronto.*

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Lawrence Squire *Respondent*.

1976: February 5; 1976: July 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Non-capital murder — Defences — Drunkenness — Provocation — Accused under the influence of alcohol and aggressive — Accused accompanying deceased outside for a fight — Accused kicked by deceased before shooting him — Sufficiency of evidence of wrongful act or insult — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 215(3).

Respondent, a policeman, was charged and convicted of non-capital murder. Having completed his duties on the day shift he had been drinking with two fellow constables, first at the home of one of them and thereafter at a succession of bars. In the course of the evening respondent had become aggressive and argumentative; an argument had developed in one hotel with two strangers chiefly due to the aggressive action of respondent and later respondent and one of his fellow constables had tossed the same two strangers out of another hotel. Shortly after that when the three friends left in respondent's automobile his driving was so erratic that he was stopped by two other constables who were on patrol. Respondent told these other constables that he had been "shaking up creepies" and kept asking them to go with him to various hotels to continue this activity. At the next bar the three again ordered beer. Respondent made an approach to two girls, which was not at all obnoxious though one of them did tell the deceased that he had saved her life as "those three goofs were trying to put the hassle on us". The deceased shortly thereafter motioned for respondent to go outside and told a friend that there was going to be a fight. That friend was prevented from following the deceased and respondent by one of respondent's companions. Outside, the deceased and respondent appeared to have animated conversation which ended in a scuffle or fight. Respondent pushed the deceased who kicked respondent twice. Subsequently the respondent went to the ground. When he got up he had a revolver in his hand and shot the deceased twice, the deceased reeled and started to run and three more reports were heard. Three bullet wounds were found in the deceased. At trial the only defence

Sa Majesté la Reine *Appelante*;

et

Lawrence Squire *Intimé*.

1976: le 5 février; 1976: le 12 juillet.

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

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

Droit criminel — Meurtre non qualifié — Moyens de défense — Ivresse — Provocation — Accusé agressif et ivre — Accusé escortant la victime à l'extérieur pour se battre — La victime avait donné un coup de pied à l'accusé avant que ce dernier ne l'abatte — Poids de la preuve de la provocation — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, par. 215(3).

L'intimé, un policier, a été accusé de meurtre non qualifié et déclaré coupable. Ayant terminé son service dans l'équipe de jour, il s'est mis à boire en compagnie de deux collègues, d'abord au domicile de l'un d'eux puis dans plusieurs bars. Au cours de la soirée, l'intimé est devenu agressif et cherchait querelle; dans un hôtel, une dispute avec deux autres individus, principalement causée par l'attitude aggressive de l'intimé, a éclaté. Plus tard, l'intimé et un de ses collègues ont jeté dehors d'un autre hôtel ces deux mêmes individus. Peu de temps après, le trio est monté dans l'automobile de l'intimé dont la conduite mal assurée a attiré l'attention de deux autres agents qui patrouillaient. Ces derniers ont fait arrêter l'automobile et l'intimé leur a dit qu'il avait «secoué des voyous» et il a insisté pour qu'ils l'accompagnent dans divers hôtels pour poursuivre cette activité. A l'hôtel suivant, ils ont de nouveau commandé de la bière. L'intimé a abordé deux jeunes filles d'une manière qui n'avait rien de désagréable, bien que l'une d'elles ait dit à la victime qu'il lui avait sauvé la vie «parce que ces trois idiots essayaient de les chicaner». Après cela, la victime a demandé à l'intimé de sortir de l'hôtel et il a dit à un ami qu'il allait y avoir une bagarre. Ce dernier a tenté de les suivre, mais en a été empêché par un des compagnons de l'intimé. A l'extérieur, la victime et l'intimé ont semblé avoir une conversation animée, qui s'est terminée par une bousculade ou une bagarre. L'intimé a repoussé la victime qui l'a alors frappé du pied par deux fois. L'intimé est tombé. Quand il s'est relevé, il tenait un revolver à la main, l'a braqué sur son adversaire et a tiré deux fois. Ce dernier a chancelé et a commencé à courir: trois autres détonations ont été entendues. L'autopsie a révélé que le défunt a été touché

pressed was that of drunkenness, though a defence of provocation by reason of drunkenness had been mentioned by defence counsel prior to jury selection.

In the Court of Appeal where the defence of provocation was urged the conviction at trial was set aside and a new trial ordered because of the failure of the trial judge to deal in his charge with the defence of provocation.

Held: The appeal should be allowed.

While it is the duty of a trial judge in his charge to the jury to deal with any defence available to the accused on the evidence led whether or not defence counsel chose to advance that defence in his address to the jury, a trial judge is under no duty to invite the jury to consider defences of which there is no evidence or which cannot reasonably be inferred from the evidence. *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, is determinative that whether there is any evidence of wrongful act or insult is a question of law to be determined by the trial judge. As the Court of Appeal in the present case found that there was such evidence and the appeal is against that conclusion, the issue to be determined is whether there was evidence of wrongful acts or insults that a reasonable jury acting judicially could find sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control. Throughout the evening the respondent was aggressive and he seized on the slightest confrontation by the deceased to again become so. The two kicks which he received during the ensuing fight could not constitute the kind of provocation to cause a police officer to draw his gun and fire five shots at his assailant. There was nothing in the evidence on which to base a defence of provocation.

Mancini v. Director of Public Prosecutions (1941), 28 Cr. App. R. 65; *Lee Chun-Chuen v. The Queen*, [1963] A.C. 220; *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449 referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ allowing an appeal by an accused from a conviction for non-capital murder. Appeal allowed, verdict of jury affirmed.

Charles Scullion, for the appellant.

Charles Ryall, for the respondent.

¹ (1975), 10 O.R. (2d) 40.

par trois balles. En première instance, la thèse de la défense reposait entièrement sur l'ivresse, bien qu'il ait été question, avant la sélection des jurés, d'invoquer également la provocation liée à l'ivresse.

En Cour d'appel, où l'intimé a plaidé la provocation, le verdict de culpabilité prononcé en première instance a été infirmé et l'on a ordonné un nouveau procès au motif que le juge de première instance n'avait pas traité, dans son exposé au jury, de la défense de provocation.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Bien que ce soit le devoir du juge de première instance de soumettre au jury, dans ses instructions, tout moyen dont l'accusé peut se prévaloir et qui ressort de la preuve, que l'avocat de l'accusé ait décidé ou non de recourir à ce moyen dans son exposé au jury, ce juge n'a aucune obligation d'inviter le jury à examiner des moyens à l'égard desquels il n'y a aucune preuve ou qui ne peuvent pas être raisonnablement déduits de la preuve. Selon *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, déterminer s'il y avait une preuve d'un acte injuste ou d'une insulte était un point de droit qu'il appartenait au juge de première instance de trancher. Puisque la Cour d'appel a décidé que cette preuve existait et que le pourvoi vise cette conclusion, il faut décider si un jury raisonnable agissant de façon judiciaire pouvait conclure à un acte injuste ou à une insulte suffisant pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Pendant toute la soirée, l'intimé s'est montré agressif et il a profité d'une simple riposte pour chercher la bagarre. Les deux coups de pied qu'il a reçus ne peuvent certes pas être considérés comme le genre de provocation pouvant amener un agent de police à sortir son revolver et tirer cinq coups de feu sur son assaillant. Aucune preuve ne pouvait être invoquée à l'appui d'une défense de provocation.

Arrêts mentionnés: *Mancini v. Director of Public Prosecutions* (1941), 28 Cr. App. R. 65; *Lee Chun-Chuen v. The Queen* [1963] A.C. 220; *Wu c. Le Roi*, [1934] R.C.S. 609; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé d'une déclaration de culpabilité pour meurtre non qualifié. Pourvoi accueilli et verdict du jury confirmé.

Charles Scullion, pour l'appelante.

Charles Ryall, pour l'intimé.

¹ (1975), 10 O.R. (2d) 40.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal by leave from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on April 21, 1975. By that judgment, the Court of Appeal for Ontario allowed an appeal from the conviction of the respondent on February 20, 1974, upon a charge of non-capital murder. The Court of Appeal for Ontario directed a new trial.

The respondent was an officer of the Niagara Regional Police Force and on November 26, 1973, having completed his duties on the day shift, met two fellow officers, Faragher and Montgomery, intending to spend the evening together. First at Faragher's residence, and later, all three officers consumed a considerable quantity of alcohol. It would appear that the respondent consumed considerably more than either of his two fellow constables.

At about ten o'clock in the evening, the three men went to one hotel where they were served more alcoholic beverages then on to another where the same thing occurred. On leaving the second hotel, the three men observed two other men and some type of an argument arose, chiefly through the aggressive action of the respondent. When that incident seemed to have quietened down, the three men entered a third hotel named the Klondike and the respondent, finding therein the two with whom he had previously quarrelled, he and his fellow constable Montgomery simply tossed them out of the hotel. Shortly thereafter, the three entered the respondent's automobile with the respondent driving and his driving was so erratic that he attracted the attention of two other constables, Fiddes and Pearson, who were on patrol. These constables stopped the respondent and his two companions and the respondent told Constable Fiddes that he had been "shaking up creepies" at the Klondike Hotel. Constable Fiddes testified that the respondent kept asking him to go with the respondent to these various hotels "to shake up creepies". Constable Fiddes testified that he declined and requested Montgomery to drive the respondent's car but as they left the respondent continued to drive his own automobile.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Ce pourvoi, interjeté sur autorisation, attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 21 avril 1975. Cet arrêt accueillait un appel interjeté contre la déclaration de culpabilité de l'intimé sur l'accusation de meurtre non qualifié, le 20 février 1974. La Cour d'appel de l'Ontario a ordonné un nouveau procès.

L'intimé était un agent de la sûreté régionale de Niagara. Le 26 novembre 1973, ayant terminé son service dans l'équipe de jour, il est allé retrouver deux collègues, les agents Faragher et Montgomery, pour passer la soirée avec eux. D'abord au domicile de Faragher puis, plus tard, les trois agents ont consommé une quantité considérable d'alcool. Il semble que l'intimé ait bu beaucoup plus que ses deux collègues.

Vers dix heures du soir, les trois hommes se sont rendus dans un hôtel où ils se sont encore fait servir des boissons alcooliques puis dans un autre hôtel, où il en a été de même. En quittant le second hôtel, le trio s'est mis à regarder avec insistance deux autres hommes et une dispute a éclaté, principalement causée par l'attitude agressive de l'intimé. Cet incident a semblé se calmer et les trois hommes sont entrés dans un troisième hôtel, le Klondike, et l'intimé, y trouvant les deux individus avec lesquels il s'était précédemment querellé, lui et son collègue l'agent Montgomery les ont simplement jetés dehors. Peu de temps après, le trio est monté dans l'automobile de l'intimé, ce dernier prenant le volant; sa conduite mal assurée a attiré l'attention de deux autres agents, Fiddes et Pearson, qui patrouillaient. Ces derniers ont arrêté l'intimé et ses deux compagnons, et l'intimé a dit à l'agent Fiddes qu'il avait [TRADUCTION] «secoué des voyous» à l'hôtel Klondike. Ce dernier a témoigné que l'intimé insistait pour qu'il l'accompagne dans ces divers hôtels pour [TRADUCTION] «secouer des voyous», ce qu'il a refusé. Fiddes a demandé à Montgomery de conduire la voiture de l'intimé, mais comme ils s'en allaient, ce dernier était encore au volant de son automobile.

Their next stop seems to have been the Steven's Hotel where they again ordered beer. Constable Montgomery testified that the respondent left the table and went to a booth. Constable Faragher stated that a couple of girls were seated at that booth. Both young ladies testified as to the approach to them made by the respondent, which was not at all obnoxious, but one of them had spoken to her friend Tremblay, the deceased, using the words "You really saved my life because those three goofs were trying to put the hassle on us". Thereafter, the deceased Tremblay stood behind the table occupied by the respondent and his fellows and motioned that the respondent should go out of the building. Tremblay then walked to the door followed by the respondent and on the way out Tremblay spoke to a friend Jacques Veilleux and said "Come on, Jack, there's going to be a fight". Veilleux attempted to follow the respondent and Tremblay but was stopped by Montgomery. The latter two engaged in a short fight.

Constable Fiddes continued his patrol. He parked his car where he could observe the area surrounding Steven's Hotel and observed that the respondent's car was parked near that hotel. For the circumstances which followed, I quote the following from the appellant's factum which cited Constable Fiddes' testimony:

A few minutes after I parked, I saw a male person later identified to me as the deceased, come out of the front door of the hotel onto the sidewalk. This person then stopped and turned around and faced the hotel door and placed his hands on his hips as though he was expecting someone else to follow. A few seconds later I saw Lawrence Squire come out of the hotel in the same manner and go down onto the sidewalk and face Mr. Tremblay. They appeared to have animated conversation which ended up in a scuffle or a fight between the two.

I saw Squire motion several times towards Tremblay as though to push or strike him. He did not make contact at that point. Tremblay raised clenched fists in a fighting position. Squire pushed Tremblay with his hand placed on his chest and Tremblay kept his hands up and attempted to kick Squire with his right foot. Squire pushed or swung at Tremblay and Tremblay then kicked Squire with his right foot twice . . .

Leur arrêt suivant semble avoir été l'hôtel Steven, où ils ont de nouveau commandé de la bière. L'agent Montgomery a témoigné que l'intimé a quitté la table et s'est dirigé vers une logette où, selon l'agent Faragher, deux jeunes filles étaient assises. Toutes deux ont témoigné sur la manière dont l'intimé les avait abordées, qui n'avait rien de désagréable; cependant, l'une d'elles avait parlé à son ami Tremblay (le défunt) et lui avait dit [TRADUCTION] «tu m'as réellement sauvé la vie parce que ces trois idiots essayaient de nous chicaner». Après cela, Tremblay est venu derrière la table occupée par l'intimé et ses compagnons et a demandé à l'intimé de sortir de l'immeuble. Tremblay s'est alors dirigé vers la porte, suivi par l'intimé, et en sortant a dit à son ami Jacques Veilleux «viens, Jacques, il va y avoir une bagarre». Veilleux a tenté de suivre l'intimé et Tremblay, mais en a été empêché par Montgomery. Ces deux derniers engagèrent un court pugilat.

L'agent Fiddes a continué sa patrouille. Il a stationné sa voiture de manière à pouvoir observer la zone entourant l'hôtel Steven et a remarqué que la voiture de l'intimé était garée près de cet hôtel. Pour la suite des événements, je citerai un extrait de factum de l'appelante, qui reproduit le témoignage de l'agent Fiddes:

[TRADUCTION] Quelques minutes après avoir stationné, j'ai vu une personne du sexe masculin, que j'ai identifiée plus tard comme étant le défunt, sortir par la porte principale de l'hôtel et rester sur le trottoir. Elle s'est alors arrêtée, a fait demi-tour et a fait face à la porte de l'hôtel, plaçant ses mains sur ses hanches, comme si elle s'attendait à ce que quelqu'un d'autre la suive. Quelques secondes après, j'ai vu Lawrence Squire sortir de l'hôtel, se rendre sur le trottoir et faire face à M. Tremblay. Ils ont semblé avoir une conversation animée, qui s'est terminée par une bousculade ou une bagarre.

J'ai vu Squire s'avancer plusieurs fois vers Tremblay, comme pour le pousser ou le frapper. Jusque là, il ne l'avait pas touché. Tremblay a levé ses poings fermés dans une position de combat. Squire a repoussé Tremblay en posant sa main sur sa poitrine; Tremblay, tout en gardant ses mains en l'air, a essayé de frapper Squire du pied droit. Squire a repoussé Tremblay ou l'a frappé d'un coup de poing et ce dernier a alors frappé Squire du pied droit par deux fois . . .

I started to drive to the area and as I was approaching the curb or going parallel to the curb Tremblay and Squire made close contact and Squire went to the ground. When Squire got up he had a revolver in his hand and pointed it at Tremblay and shot twice. Tremblay reeled backwards and started to run and I heard three more reports. Squire followed with the gun still pointing at Tremblay. Tremblay fell on the driveway located directly west of the Steven's Hotel at a point where the sidewalk adjoins the entrance of the driveway. Squire followed to where Tremblay was lying face down with his head pointing in a due west direction and placed the gun at the back of Tremblay's head. At this point I was running parallel to the curb and I had the radio microphone in my hands and I called the dispatcher requesting a CIB team and an ambulance and advising that there had been a shooting at the Steven's Hotel. I stopped the car and began to get out. During that time Squire had disappeared from my view.

Counsel for the respondent, in his factum, states:

Except for the reservations and additions hereinafter set forth, the Respondent adopts the Statement of Facts set forth in Part I of the Memorandum of Fact and Law filed on behalf of the Appellant.

In so far as the actual incident outside the hotel is concerned, counsel for the respondent, in his factum, only added the following:

9. Where the Respondent was kicked, and the consequent pain, was the subject of comment by the Court as follows:

MR. ROOT: "The question was not phrased properly. It was a question of pain. One might be knocked to the ground but not feel any pain. The resulting tumble might give you pain."

HIS LORDSHIP: "If we see a man kicked and knocked down or hit and knocked down, isn't it a reasonable conclusion that it was a painful experience and isn't that all he is saying, "and it would have been a painful kind of thing?" and the answer is, "I assume". We would all assume that."

MR. ROOT: "I agree."

HIS LORDSHIP: "Shouldn't we leave it at that?" [Emphasis added].

MR. AGRO: "I will leave it." [Emphasis added].

Je me suis dirigé vers eux, et comme j'approchais du trottoir ou me trouvais parallèlement à celui-ci, Tremblay et Squire établirent un contact serré et Squire est tombé. Quand il s'est relevé, il tenait un revolver à la main, l'a braqué sur Tremblay et a tiré deux fois. Tremblay a reculé en chancelant et a commencé à courir et j'ai entendu trois autres détonations. Squire a suivi Tremblay, le revolver toujours braqué sur lui. Tremblay est tombé dans le passage situé immédiatement à l'ouest de l'hôtel Steven, là où le passage rejoint le trottoir. Squire est allé à l'endroit où Tremblay gisait face contre terre, la tête tournée vers l'ouest, et a placé le revolver contre l'arrière de la tête de Tremblay. A ce moment, je roulais parallèlement au trottoir et j'avais le microphone de la radio dans les mains; j'ai appelé le central pour demander une équipe du CIB et une ambulance et signaler qu'il y avait eu des coups de feu à l'hôtel Steven. J'ai arrêté la voiture et en suis sorti. Squire avait disparu.

Dans son factum, l'avocat de l'intimé déclare:

[TRADUCTION] Sauf les réserves et additions indiquées ci-après, l'intimé accepte l'exposé des faits établi dans la première partie du mémoire des faits et du droit déposé au nom de l'appelante.

Pour ce qui est de l'incident qui s'est effectivement produit à l'extérieur de l'hôtel, l'avocat de l'intimé a seulement ajouté dans son factum ce qui suit:

[TRADUCTION] 9. Au sujet des coups de pied reçus par l'intimé et de la douleur en résultant, la Cour a fait le commentaire suivant:

M^c ROOT: «La question n'a pas été formulée convenablement. On parlait de douleur. On peut être jeté à terre, mais ne pas ressentir de douleur. La chute qui en résulte peut faire mal.»

SA SEIGNEURIE: «Si un homme reçoit des coups de pied ou des coups de poing et tombe à terre ne peut-on conclure raisonnablement qu'il a subi une expérience douloureuse? n'est-ce pas ce qu'il a voulu dire par: «et cela aurait été douloureux?», la réponse étant: «je suppose». C'est aussi ce que nous supposerions.»

M^c ROOT: «Je suis d'accord.»

SA SEIGNEURIE: «Ne devrions-nous pas nous en tenir à cela?» [soulignement ajouté].

M^c AGRO: «Je m'en tiendrai à ça.» [soulignement ajouté].

Tremblay died as a result of the bullets fired by the respondent who was charged with non-capital murder.

Counsel for the respondent at trial was a very experienced counsel and particularly so in matters of criminal law. Before the jury was selected, the said counsel for the respondent, making a submission to the trial judge, said:

I make this statement openly and for the purposes of the record in order that Your Lordship knows that we intend and hope to restrict the issues to the very narrow issue of the defence of drunkenness and because of the kicking, and I must concede it is very thin, a defence of provocation by reason of the man's drunkenness.

Despite that reference to provocation, counsel for the respondent, in his address to the jury, did not refer to provocation in any way. The learned trial judge requested both the Crown and the defence to outline their theories in writing and, in his charge, he said:

I will read to you the theory of the defence as they have written it out:

First, the onus is on the Crown to prove guilt beyond a reasonable doubt, which burden remains on the Crown throughout and if the jury has a reasonable doubt as to the guilt of the accused they must find the accused not guilty of murder, but guilty of manslaughter;

Secondly, the accused is not required, where drunkenness is a defence, to prove his defence by a preponderance of evidence. There is no onus on the accused; all he needs do is raise a reasonable doubt as to his ability to form the intent, and not to prove an inability to form the necessary intent;

Thirdly, that the total evidence indicates conduct completely out of character, a complete change in the man from what Montgomery and Faragher knew of him;

Fourthly, that by reason of the marked and dramatic change in the man following the third drink at the Lord Nelson, coupled with the irritability, irrational behaviour, rambling speech, inability to recognize persons, the jury can find that something was added to that drink;

Fifthly, the description of the accused as given by Pearson "a drunken man" and his observations of the man point to a complete incapacity to form any intent;

Tremblay est mort à la suite des coups de feu tirés par l'intimé, qui a été accusé de meurtre non qualifié.

L'avocat de l'intimé, au procès, était très expérimenté, surtout en droit criminel. Avant même la sélection du jury, ledit avocat avait fait la déclaration suivante au juge de première instance:

[TRADUCTION] Je fais cette déclaration franchement et pour les besoins du dossier, afin que votre Seigneurie sache que nous entendons et espérons limiter les débats à la question très étroite de l'ivresse et, en raison des coups de pied, à la défense, que je dois reconnaître très faible, de la provocation liée à l'ivresse de l'homme.

Malgré cette référence à la provocation, l'avocat de l'intimé ne l'a en aucune façon soulevée devant le jury. Le juge de première instance a demandé au ministère public et à la défense de consigner leurs thèses par écrit et, dans ses instructions, il a dit:

[TRADUCTION] Je vais vous lire la thèse que la défense a présentée par écrit:

Premièrement, il incombe au ministère public de prouver la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable, fardeau que le ministère public assume toujours, et si le jury a un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, il doit juger ce dernier coupable d'homicide involontaire coupable et non de meurtre;

Deuxièmement, on n'exige pas de l'accusé, quand l'ivresse est un moyen de défense, de prouver sa défense par une preuve prépondérante. Le fardeau de la preuve n'incombe pas à l'accusé; tout ce qu'il a à faire, c'est de susciter un doute raisonnable quant à sa capacité de former l'intention et non de prouver une incapacité de former l'intention nécessaire;

Troisièmement, l'ensemble de la preuve révèle une conduite inhabituelle, un changement complet de l'homme que Montgomery et Faragher connaissaient;

Quatrièmement, en raison des changements marqués et dramatiques subis par l'homme, à la suite de son troisième verre à l'hôtel Nelson, ajoutés à l'irritabilité, au comportement anormal, aux propos incohérents, à l'incapacité de reconnaître les gens, le jury peut conclure que quelque chose a été ajouté à cette boisson;

Cinquièmement, la description de l'accusé telle que fournie par Pearson, «un homme ivre», et ses observations sur l'individu, indiquent une incapacité totale de former une intention;

Sixthly, that the acts of violence after the shooting when he broke and entered other people's homes, robbed and assaulted them, are so out of character of the accused as to show that at the time of the shooting his mind was so affected by alcohol that he was incapable of forming the intent to murder or, at least, provide some reasonable doubt about it.

It will be seen that that theory of the defence depended wholly upon the defence of drunkenness. As I have said, the respondent's then counsel was a very experienced and able counsel and one would be most unwise to assume that his failure to advance to the jury the defence of provocation was an accident. In the light of the evidence which I have very briefly outlined, he probably exhibited a very considerable degree of wisdom in refraining from advancing the defence of provocation.

After his conviction, the respondent appealed to the Court of Appeal for Ontario and there urged most strongly the defence of provocation.

It is, of course, the duty of a trial judge to submit to the jury in his charge any defence available to the accused which had been revealed by the evidence whether or not counsel for the accused chose to advance that defence in his address to the jury: *Mancini v. Director of Public Prosecutions*². And, of course, in many cases, there are alternative defences and counsel for the accused feels that his presentation to the jury would only be weakened if he presented alternatives requiring the jury to make two different findings of fact. It is, however, equally plain that a trial judge is under no duty to invite the jury to consider defences of which there is no evidence or which cannot reasonably be inferred from the evidence: *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, *supra*, at p. 72, *Lee Chun-Chuen v. The Queen*³, at p. 233, *Wu v. The King*⁴, at pp. 616 and 617.

Martin J.A., giving the reasons for the Court of Appeal, having made the statement which I have just made, continued:

It is therefore necessary to determine whether on any reasonable view of the evidence, the jury could find

Sixièmement, les actes de violence après les coups de feu, quand il s'est introduit par effraction chez des gens, les a volés et attaqués, sont tellement étrangers à l'accusé qu'ils montrent, qu'au moment des coups de feu, il était trop affecté par l'alcool pour être capable de former l'intention de commettre un meurtre ou, au moins, il y a un doute raisonnable à ce sujet.

On voit que la thèse de la défense reposait complètement sur le moyen tiré de l'ivresse. Comme je l'ai dit, l'avocat de l'intimé était très expérimenté et très capable, et il ne serait pas sage de supposer que c'est par accident qu'il n'a pas présenté au jury la défense fondée sur la provocation. A la lumière de la preuve dont j'ai brièvement donné les lignes générales, il a probablement démontré une très grande sagesse en s'abstenant de plaider la provocation.

Après sa condamnation, l'intimé a fait appel à la Cour d'appel de l'Ontario et y a, très énergiquement, plaidé la provocation.

C'est, évidemment, le devoir du juge de première instance de soumettre au jury, dans ses instructions, tout moyen dont l'accusé peut se prévaloir et qui ressort de la preuve, que l'avocat de l'accusé ait décidé ou non de recourir à ce moyen dans son exposé au jury: *Mancini v. Director of Public Prosecutions*². Il y a souvent des défenses subsidiaires, mais l'avocat de l'accusé peut considérer que son adresse au jury serait affaiblie s'il lui présentait une alternative l'obligeant à tirer deux conclusions de fait différentes. Mais il est tout aussi évident qu'un juge de première instance n'a aucune obligation d'inviter le jury à examiner des moyens à l'égard desquels il n'y a aucune preuve ou qui ne peuvent pas être raisonnablement déduits de la preuve: *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, précité, à la p. 72, *Lee Chun-Chuen c. La Reine*³, à la p. 233, *Wu c. Le Roi*⁴, aux pp. 616 et 617.

Exposant les motifs de jugement au nom de la Cour d'appel, le juge Martin a poursuivi après la déclaration que je viens de reprendre:

[TRADUCTION] Il est, par conséquent, nécessaire de déterminer si, après examen raisonnable de la preuve, le

² (1941), 28 Cr. App. R. 65.

³ [1963] A.C. 220.

⁴ [1934] S.C.R. 609.

² (1941), 28 Cr. App. R. 65.

³ [1963] A.C. 220.

⁴ [1934] R.C.S. 609.

provocation within the meaning of section 215 of the Criminal Code.

And after an examination of a considerable number of authorities including *Parnerkar v. The Queen*⁵, and also having regard to much of the evidence, continued:

I am satisfied, however, that there was evidence of provocation appropriate for the consideration of the jury, since there was evidence upon which the jury could find that the deceased had assaulted the appellant, and that such assault was sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control.

This is the problem which now faces this Court. The authoritative pronouncement upon the question of provocation as a defence by virtue of what is now s. 215 of the *Criminal Code* is *Parnerkar v. The Queen, supra*. In that appeal, Chief Justice Fauteux, giving the judgment for the majority, said at p. 454:

Subsection (3) declares that the constituent elements, which are described in (ii)(a) and (b) above, are questions of fact and, therefore, assigns exclusively to the jury the function to decide as to these facts.

The function assigned to the jury with respect to the particular facts mentioned in s. 203(3) does not in any way differ from the function they have to decide all other questions of fact, whether these facts constitute elements of a crime or elements of an excuse or a justification for a crime charged. Indeed and in all of the cases, the valid exercise of the function of the jury is, according to the very words of the oath of office taken by them, to give a verdict according to evidence. They cannot go beyond the evidence and resort to speculation nor, of course, would it be proper for the trial judge to invite them to do so. If, then, the record is denuded of any evidence potentially enabling a reasonable jury acting judicially to find a wrongful act or insult of the nature and effect set forth in s. 203(3)(a) and (b), it is then, as a matter of law, within the area exclusively reserved to the trial judge to so decide and his duty to refrain from putting the defence of provocation to the jury.

Although there were dissenting judgments in *Parnerkar*, the Court was unanimous on the only issue which, I think, is involved in the present

⁵ [1974] S.C.R. 449.

jury pouvait conclure à la provocation, aux termes de l'art. 215 du Code criminel.

Il a alors examiné un nombre considérable de jugements, y compris *Parnerkar c. La Reine*⁵ et en prenant en considération une grande partie de la preuve, il a continué:

[TRADUCTION] Je suis toutefois convaincu qu'il y avait une preuve de provocation assez pertinente pour être examinée par le jury, puisque le jury pouvait conclure, en se fondant sur certains éléments de preuve, que Tremblay avait attaqué l'appelant et que cette attaque était suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser.

C'est là le problème soumis à cette Cour. La jurisprudence faisant autorité sur la question de la provocation comme moyen de défense en vertu de ce qui est maintenant l'art. 215 du *Code criminel*, est l'arrêt *Parnerkar c. La Reine*, précité. Dans ce pourvoi, le juge en chef Fauteux, rendant le jugement au nom de la majorité, a dit à la p. 454:

Le par. (3) prévoit que les éléments constitutifs, qui sont décrits dans (ii)a) et b) précités, sont des questions de fait, et il confère donc exclusivement au jury la tâche de décider quant à ces faits.

La tâche confiée au jury quant aux faits particuliers mentionnés au par. (3) de l'art. 203 ne diffère aucunement de la tâche qu'il a de déterminer toutes les autres questions de fait, que ces faits constituent des éléments d'un crime ou des éléments d'une excuse ou d'une justification à l'égard d'un crime imputé. En effet, et dans toutes causes, l'exercice valide de la fonction d'un jury consiste, selon les termes mêmes du serment d'office que les jurés doivent prêter, à rendre un verdict fondé sur la preuve. Les jurés ne peuvent aller au-delà de la preuve ni faire des conjectures et, évidemment, il ne serait pas de bon droit pour le juge de première instance de les inviter à le faire. Alors, si le dossier est dépourvu de toute preuve susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de trouver une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère mentionnés aux al. a) et b) du par. (3) de l'art. 203, il entre donc, comme question de droit, dans le cadre des attributions exclusivement réservées au juge de première instance de la décider et celui-ci doit s'abstenir de soumettre au jury la défense de provocation.

Bien qu'il y eût des avis dissidents dans *Parnerkar*, la Cour a été unanime sur le seul point qui, je crois, fait l'objet de ce pourvoi: déterminer s'il y

⁵ [1974] R.C.S. 449.

appeal, namely, that whether there was any evidence of a wrongful act or insult is a question of law to be determined by the trial judge. The Court of Appeal for Ontario determined that there was such evidence and the appeal of the Attorney General is against such a conclusion. Therefore, the determination of whether the record contained any such evidence must be made by this Court. In doing so, one must consider all of the evidence adduced at trial. That evidence, I have summarized briefly above. I now characterize that evidence as the story of a man who drank heavily and set out to pick a quarrel with any member of a group of people whom he described as "creepies", who succeeded in picking that quarrel on at least one previous occasion that night, and upon getting into the quarrel with Tremblay and perhaps seeming to be losing the physical battle he drew his revolver, shot Tremblay twice and then followed Tremblay as he reeled backwards and fired three further shots. The pathologist giving evidence for the Crown found three bullet wounds in the deceased Tremblay.

It is true that there was evidence that Tremblay motioned to the respondent to indicate that the respondent leave the Steven's Hotel very evidently so that they might fight and that he, Tremblay, informed his friend Veilleux that there was going to be a fight but the respondent needed no second invitation and the respondent was the aggressor when the fight commenced. During the fight, such as it was, Tremblay twice kicked at the respondent but how serious those kicks were is a matter of mere conjecture. Constable Fiddes testified that the respondent went to the ground but was unable to say whether that was the result of being knocked to the ground by Tremblay or from losing his balance.

As I have said, it is the duty of this Court to come to a decision whether those circumstances amount to any evidence that a reasonable jury acting judicially could find a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control (s. 215(2)), and I am strongly of the view, with great respect to the opinion expressed by Martin J.A., that no jury acting judicially could come to such a conclusion. It must

avoir une preuve d'un acte injuste ou d'une insulte était un point de droit qu'il appartenait au juge de première instance de trancher. La Cour d'appel de l'Ontario a décidé que cette preuve existait et l'appel du procureur général vise cette conclusion. Par conséquent, il appartient à cette Cour de déterminer si le dossier contenait une telle preuve. Pour ce faire, il faut prendre en considération toute la preuve soumise au procès, que j'ai brièvement résumée ci-dessus. Je la présenterai maintenant comme étant l'histoire d'un homme qui a beaucoup bu et a décidé de chercher querelle à une personne quelconque qu'il qualifiait de «voyou». Il a déjà réussi, ce soir-là, à provoquer ce genre de querelle, et, après s'être disputé avec Tremblay et semblant peut-être avoir physiquement le dessous, il a tiré son revolver, a fait feu deux fois sur Tremblay et a poursuivi sa victime qui chancelait et a tiré trois autres coups. Le pathologiste qui témoignait pour le ministère public a constaté que Tremblay avait été touché par trois balles.

Il est vrai que, selon la preuve, Tremblay a demandé à l'intimé de quitter l'hôtel Steven, de toute évidence pour se battre, et que Tremblay a dit à son ami Veilleux qu'il allait y avoir une bagarre, mais l'intimé n'a pas eu besoin d'une seconde invitation et il était l'agresseur quand le combat a commencé. Pendant le combat, tel qu'il s'est déroulé, Tremblay a, par deux fois, donné à l'intimé des coups de pied mais la gravité de ces coups de pied est une question de pure conjecture. L'agent Fiddes a témoigné que l'intimé est tombé, mais sans pouvoir dire si c'était parce que Tremblay l'avait jeté à terre ou parce qu'il avait perdu l'équilibre.

Comme je l'ai dit, c'est le devoir de cette Cour de décider si, compte tenu de ces circonstances, un jury raisonnable agissant de façon judiciaire pouvait conclure à une action injuste ou insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser (art. 215(2)). Très respectueusement à l'égard de l'opinion exprimée par le juge Martin, je suis nettement d'avis qu'aucun jury agissant de façon judiciaire ne pouvait en

be remembered that on the evidence the respondent was, throughout the disgraceful incidents of the evening, a bad-tempered aggressor and that he seized on the slightest confrontation by Tremblay to again become the aggressor. If, during the fight which followed, and which I am of the opinion was a fight between two men fully consenting to the battle, he suffered a couple of kicks of indefinite violence, the provocation resulting therefrom could not possibly have caused a police officer to draw his gun and fire five shots at his assailant. To put it very shortly, I agree with the view of the learned counsel for the respondent at trial who, upon the basis of this evidence, decided that there was simply nothing on provocation which he could present to a jury and who, therefore, depended on the one available defence of drunkenness. There was much to be said in favour of that defence but very evidently the jury rejected it and that, of course, is not the subject of any review in this Court.

For these reasons, I am of the opinion that the appeal by the Crown should be allowed, the judgment of the Court of Appeal be quashed, and that the verdict of the jury be affirmed. I have not found it necessary, under these circumstances, to deal with the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*.

Appeal allowed, verdict of jury affirmed.

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

Solicitor for the respondent: Charles Ryall, Niagara Falls.

venir à une telle conclusion. Il faut se rappeler que, selon la preuve, l'intimé était, pendant tous les incidents honteux de cette soirée, un agresseur irascible et qu'il a saisi la moindre riposte de Tremblay pour redevenir l'agresseur. Si, pendant la lutte, qui, à mon avis, opposait deux hommes qui voulaient se battre, il a reçu deux coups de pied d'une violence indéterminée, la provocation en résultant ne pouvait certainement pas amener un agent de police à sortir son revolver et tirer cinq coups de feu sur son assaillant. En résumé, je suis d'accord avec le savant avocat de l'intimé en première instance qui, compte tenu de la preuve, a décidé qu'il n'avait rien à présenter au jury au sujet de la provocation et qui s'est donc prévalu de la seule défense possible, l'ivresse. Il y avait beaucoup à dire en faveur de cette défense, mais il est évident que le jury l'a rejetée et cette décision n'est pas susceptible d'examen par cette Cour.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le pourvoi du ministère public doit être accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel annulé et le verdict du jury confirmé. Dans ces circonstances, je n'ai pas trouvé nécessaire de traiter de l'application de l'art. 613(1)(b)(iii) du *Code*.

Pourvoi accueilli, verdict du jury confirmé.

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

Procureur de l'intimé: Charles Ryall, Niagara Falls.

Mark G. Smerchanski *Appellant*;

and

The Minister of National Revenue
Respondent.

ECO Exploration Company Limited
Appellant;

and

The Minister of National Revenue
Respondent.

1976: May 12, 13, 14, 18; 1976: June 29.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Income tax — Tax liability acknowledged — Reassessment — Waiver of right of appeal — Payment of amounts owing — Waiver agreement binding — No undue influence or coercion — Conduct of taxpayer such as to disentitle him to relief in any event.

The present appeals, one by an individual taxpayer (S) and the second by a company under his control, raised the same question, namely, whether the two taxpayers were entitled to pursue appeals from certain reassessments for income tax in the face of waiver agreements which each signed under seal after taking independent legal advice upon which they acted. The taxpayers paid in full the amounts assessed as tax, interest and penalties, but later contended, *inter alia*, that the waiver agreements were voidable because the threat of prosecution lay behind them. Both the Trial Division of the Federal Court and the Federal Court of Appeal held against the taxpayers. The only issue of importance in the appeal was whether the tax authorities, seriously contemplating prosecution, and by indictment as in this case, are entitled to exact a waiver of rights of appeal as a binding term of settling a tax liability when overtures for settlement are made by the taxpayer and, in consequence, to abandon their intention to prosecute.

Held: The appeals should be dismissed.

Mark G. Smerchanski *Appellant*;

et

Le ministre du Revenu national *Intimé.*

ECO Exploration Company Limited
Appelante;

et

Le ministre du Revenu national *Intimé.*

1976: les 12, 13, 14 et 18 mai; 1976: le 29 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Dette fiscale admise — Nouvelle cotisation — Renonciation au droit d'appel — Paiement de la dette — Force obligatoire de la renonciation — Ni pression ni violence — En tout état de cause, la conduite du contribuable lui a enlevé le droit à tout redressement.

Les deux pourvois, l'un par un particulier (S) et le second par une compagnie sous son contrôle, soulèvent la même question, à savoir si les deux contribuables peuvent interjeter appel de certaines nouvelles cotisations à l'impôt sur le revenu malgré l'existence de renonciations qu'ils ont tous les deux signées après s'être renseignés auprès de conseillers juridiques indépendants. Les contribuables ont acquitté intégralement l'impôt exigé ainsi que l'intérêt et les pénalités imposés, mais ils ont ensuite allégué, entre autres, que les renonciations étaient invalides parce qu'elles avaient été obtenues sous menaces de poursuites. La Cour fédérale, en première instance et en appel, a donné gain de cause au Ministre. La seule question importante en litige dans le pourvoi est de savoir si le fisc, lorsqu'il envisage sérieusement des poursuites, par voie d'acte d'accusation comme c'est le cas en l'espèce, peut, sur l'offre faite par le contribuable, imposer comme condition préalable au règlement d'une dette fiscale indubitable la renonciation au droit d'appel et, par voie de conséquence, renoncer lui-même à toute poursuite.

Arrêt: Les pourvois doivent être rejetés.

Per Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Dickson and de Grandpré JJ.: Given that the tax department had good grounds for proceeding against S and that S himself knew it, and indeed acknowledged a tax liability even before a letter of commitment was signed and before the waiver agreement was executed, it could not be accepted that the settlement made on the terms of a waiver of rights of appeal was either illegal or voidable. The threat of prosecution underlies every tax return if a false statement is knowingly made in it. It cannot be that the tax authorities must proceed to prosecution when faced with a dispute on whether there is a wilful tax evasion rather than being amenable to a settlement, be it a compromise or an uncompromising agreement for payment of what is claimed. Here there was not even such a dispute but an acknowledgment of evasion and the taxpayer's position cannot be stronger when he is a confessed evader than when he has disputed wilful evasion.

Although it was found that undue influence did not exist in this case as a separate basis for impeaching the waiver agreements, the view was held that, assuming that they would be voidable on that ground, S's conduct would disentitle him to any relief.

Per Pigeon and Beetz JJ.: Assuming that the waiver agreements were voidable on the ground of undue influence, S's conduct—particularly the alteration of documents after their return by the Minister subsequent to the reassessments—was such as to disentitle the appellants to such relief in any case.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal¹, dismissing an appeal from a judgment of Collier J., dismissing appeals from certain reassessments for income tax. Appeals dismissed.

J. T. Thorson, Q.C., and Alan Scarth, Q.C., for the appellant.

Walter Williston, Q.C., and G. J. Kraft, for the respondent.

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

THE CHIEF JUSTICE—The two appeals to this Court, one by the individual taxpayer Smerchanski and the second by Eco Exploration Company Lim-

¹ [1974] 1 F.C. 554.

Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Dickson et de Grandpré: Étant donné que le ministère du Revenu national avait de bonnes raisons de poursuivre S, et que ce dernier non seulement le savait mais avait reconnu être redevable d'impôts avant même la signature de la lettre d'engagement et des renonciations, on ne peut admettre que le règlement assujéti à la renonciation au droit d'appel soit illégal ou entaché de nullité. Aucune déclaration d'impôt n'échappe à la menace de poursuites en cas de déclaration frauduleuse délibérée. Quand il s'agit de déterminer s'il y a ou non évasion fiscale délibérée, le ministère du Revenu national ne peut être tenu d'entamer des poursuites plutôt que de se prêter à un règlement, que celui-ci ait la forme d'un compromis ou d'une obligation stricte de payer ce qui est réclamé. En l'espèce, nous ne sommes même pas en présence d'un tel différend, l'évasion fiscale n'étant pas contestée; or, le contribuable ne peut être en meilleure posture lorsqu'il reconnaît la fraude que lorsqu'il conteste l'évasion fiscale délibérée.

Même s'il n'y a pas eu en l'espèce de pressions qui justifient en elles-mêmes l'annulation des renonciations, on a exprimé l'avis que si tel était le cas, la conduite de S lui enlèverait le droit à tout redressement.

Les juges Pigeon et Beetz: A supposer que les renonciations soient entachées de nullité en raison de pressions exercées, la conduite de S—surtout la falsification des documents après que le Ministre les eut renvoyés à la suite des nouvelles cotisations—lui enlève le droit à tout redressement.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ rejetant l'appel d'un jugement du juge Collier qui avait rejeté les appels de certaines nouvelles cotisations à l'impôt. Pourvois rejetés.

J. T. Thorson, c.r., et Alan Scarth, c.r., pour l'appellant.

Walter Williston, c.r., et G. J. Kraft, pour l'intimé.

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

LE JUGE EN CHEF—Les deux pourvois interjetés devant cette Cour, l'un par le contribuable Smerchanski et le second par Eco Exploration

¹ [1974] 1 C.F. 554.

ited, a company under his control, raise the same question, namely, whether the two taxpayers are entitled to pursue appeals from certain reassessments for income tax, (such reassessments including interest and penalties) in the face of waiver agreements which each signed under seal on July 10, 1964, after taking independent legal advice upon which they acted. In seeking to appeal from the reassessments in the face of the waiver agreements which were witnessed by their advising counsel, the taxpayers contended that the waiver of rights of appeal, otherwise open to them under the *Income Tax Act*, was not binding upon them because (1) the waivers were based upon an illegal consideration, namely, the stifling of a prosecution for fraudulent tax evasion; (2) they were procured by undue influence or coercion under an implicit threat of such prosecution; and (3) they were contrary to public policy and contrary to statutory policy reflected in income tax legislation respecting a taxpayer's right to challenge unjust tax assessments or reassessments through the Courts. It was the respondent Minister's contention that even if the waiver agreements were not binding, the taxpayers were, in the circumstances, estopped from pursuing appeals against the reassessments that are in issue here.

Collier J., before whom the issue of the validity of the waivers came, noted in his extensive reasons, that counsel for the taxpayers abandoned the submission that the agreements of July 10, 1964, were invalid as involving the stifling of a prosecution. That counsel had stated that there was no evidence to support the contention and Collier J. agreed with this view. The learned judge of first instance also concluded that the agreements were not contrary to public policy and morality, that it was open to a taxpayer to waive statutory rights of appeal otherwise available for his benefit if he chose to invoke them, and that, on the evidence, there was no undue influence or duress upon the taxpayers to make the agreements voidable. The individual taxpayer was not an untutored person but a mining geologist who had been active in public life, and he had had competent legal advice from more than one lawyer—indeed, he had had

Company Limited, compagnie contrôlée par Smerchanski, soulèvent la même question, à savoir si les deux contribuables peuvent interjeter appel de certaines nouvelles cotisations à l'impôt sur le revenu (ces nouvelles cotisations comprennent les intérêts et les pénalités), malgré l'existence de renonciations qu'ils ont tous les deux signées le 10 juillet 1964, après s'être renseignés auprès de conseillers juridiques indépendants. Les contribuables cherchent à interjeter appel des nouvelles cotisations. Malgré lesdites renonciations, signées en présence de leur conseiller juridique, ils prétendent ne pas être liés par ces renonciations au droit d'appel que leur accorde normalement la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les raisons suivantes: (1) les renonciations sont fondées sur une contrepartie illégale, à savoir l'arrêt de poursuites pour dissimulation de matière imposable; (2) elles ont été obtenues à la suite de pressions ou violence sous la menace implicite de telles poursuites; et (3) elles sont contraires à l'intérêt public et au but que le législateur voulait donner à la législation fiscale relative au droit du contribuable de soumettre aux tribunaux les cotisations ou nouvelles cotisations injustes. Le Ministre intimé soutient que même si les renonciations n'ont pas force obligatoire, tout appel des nouvelles cotisations contestées en l'espèce par les contribuables est irrecevable vu les circonstances.

Le juge Collier, saisi en première instance de la question de la validité des renonciations, a souligné dans ses motifs fort détaillés que l'avocat des contribuables avait renoncé à prétendre que les consentements du 10 juillet 1964 étaient nuls parce qu'ils impliquaient que l'on étouffe l'affaire. L'avocat avait convenu de l'absence de preuve à l'appui de cette affirmation. C'était également l'avis du juge Collier. Le savant juge de première instance a aussi conclu que les consentements n'étaient pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, qu'un contribuable pouvait renoncer au droit d'appel que lui accorde la loi s'il veut s'en prévaloir et que, selon la preuve, les contribuables n'avaient pas été victimes de pressions ni de contraintes entraînant la nullité des renonciations. Smerchanski n'est pas un ignorant. Il est géologue minier et il a été actif dans la vie publique. Il avait bénéficié des conseils éclairés de plusieurs avocats,

the opinion of accountants as well—and he had accepted the advice and acted upon it. In view of his finding that the taxpayers were bound by their waiver agreements, Collier J. made no finding on the respondent's assertion of estoppel.

The Federal Court of Appeal, by a majority, dismissed the appeals on the central issue of the binding effect of the waiver agreements. Thurlow J.A. (as he then was) for the majority noted that the issue of illegality of consideration had been abandoned at trial, and he said also that the trial judge's finding against undue influence, duress or coercion was not challenged on appeal, leaving for argument only the question whether the waiver agreements were contrary to public policy and to the provisions of the *Income Tax Act*. On this issue the majority held against the appellants. MacKay D.J., who agreed with Thurlow J.A., was also of the opinion that the respondent was entitled to succeed on his submission on estoppel.

In dissent, Bastin D.J. proceeded on grounds which the majority thought were either abandoned or not contested. Since counsel for the appellants relied heavily on the dissent, I set out the conclusions thereof which sufficiently highlight the issue that was argued in this Court. They are as follows:

The inference must be drawn from all these facts that the Minister used the threat of prosecution to compel the taxpayer to relinquish every safeguard inserted in the Act to protect the subject from unjust exactions and to place his assets unreservedly at the disposal of the Minister. This amounted to the imposition of an illegal and unprecedented punishment which he has no power to inflict with or without the consent of the taxpayer.

If the actions of the Income Tax Department in relation to this taxpayer were legal and proper then it follows that a similar course of conduct may be employed to obtain the same surrender of his rights in the case of any delinquent taxpayer of sufficient prominence for the mere threat of prosecution to be an effective form of compulsion. In my opinion this is not justified by the *Income Tax Act* and is an abuse of the power of the Minister which it is our duty to prevent.

et bien sûr de comptables, et les avait suivis. Comme il avait conclu que les contribuables étaient liés par leurs renonciations, le juge Collier ne s'est pas prononcé sur la question de l'irrecevabilité, que l'intimé avait fait valoir.

A la majorité, la Cour d'appel fédérale a rejeté les appels en ce qui a trait à la question primordiale, c.-à-d. la force obligatoire des renonciations. Le juge d'appel Thurlow, aujourd'hui juge en chef adjoint, qui a prononcé le jugement de la majorité, a fait remarquer que la question de l'illégalité de la contrepartie avait été abandonnée au cours du procès, ajoutant que les conclusions du juge de première instance selon lesquelles il n'y avait eu ni pression, ni contrainte, ni violence à l'égard des contribuables n'avaient pas été contestées en appel. Seule restait donc la prétention selon laquelle les renonciations étaient contraires à l'ordre public et aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La majorité de la Cour s'est prononcée contre les appelants sur ce point. Le juge suppléant MacKay, qui a souscrit aux motifs du juge Thurlow, était aussi d'avis qu'il fallait accorder gain de cause à l'intimé sur la question de l'irrecevabilité.

Le juge suppléant Bastin a fondé sa dissidence sur des moyens que la majorité estimait abandonnés ou non contestés. Puisque l'avocat des appelants s'est largement appuyé sur la dissidence, j'en cite les conclusions, qui exposent les grandes lignes de la question débattue devant cette Cour. Les voici:

De tous ces faits, il faut conclure que le Ministre s'est servi de la menace de poursuites pour forcer le contribuable à abandonner toutes les garanties insérées dans la Loi dans le but de le protéger des exactions et à placer sans aucune réserve ses biens à la disposition du Ministre. Ceci équivalait à l'imposition d'une peine illégale et sans précédent qu'il n'avait aucun pouvoir d'infliger, avec ou sans le consentement du contribuable.

Si la conduite du ministère du Revenu (impôt) relativement à ce contribuable est légale et appropriée, il en résulte alors qu'une procédure semblable peut être utilisée pour obtenir de tout contribuable contrevenant, ayant une certaine notoriété, l'abandon de ses droits, car la simple menace de poursuites constituerait une forme de contrainte efficace. A mon avis, pareille action n'est pas justifiée par la *Loi de l'impôt sur le revenu* et constitue un abus de pouvoir du Ministre qu'il est de notre devoir d'empêcher.

I hold that the document dated July 10, 1964, is invalid on the ground that it was obtained by duress, that it was executed as part of a bargain to stifle a prosecution and that the Minister of National Revenue cannot avoid the duty to assess income taxes according to law, to reveal to the taxpayer the nature of the tax, to permit the taxpayer to question the assessment and to have the assessment reviewed on appeal.

It is well settled law that the doctrine of estoppel cannot successfully be invoked to support an illegal contract. Since I hold that the document in question is invalid no question of estoppel arises.

The appeal to this Court raised only the question of undue influence, duress or coercion as an answer to the waiver agreements and also challenged the respondent's reliance on estoppel. On the argument as to undue influence, duress or coercion, counsel for the appellants conceded that duress in its common law significance could not be pressed, and he rested mainly on undue influence which, in effect, became a submission that brought back the threat or the stifling of prosecution as the ground for impeaching the waiver agreements.

It will be convenient to deal only with the position of Smerchanski because that of the company is no different save as to the number of and the particular taxation years involved in the two appeals. The document executed by Smerchanski and the statement at the foot of it signed by the witnessing lawyer who acted for Smerchanski are in the following terms:

I, Mark Gerald Smerchanski, of the City of Winnipeg, in Manitoba, Mining Engineer, do hereby acknowledge receipt of Notices of Re-assessment made under the Income War Tax Act, being Chapter 97, Revised Statutes of Canada, 1927, The Income Tax Act, being Chapter 52, Statutes of Canada, 1948, and the Income Tax Act, being Chapter 148, Revised Statutes of Canada, 1952, in regard to my income tax for the taxation years 1945 to 1959, both inclusive, in the following amounts:

Je conclus que le document daté du 10 juillet 1964 est invalide au motif qu'il a été obtenu par la contrainte, qu'il a été exécuté comme faisant partie d'une transaction pour étouffer des poursuites et que le ministre du Revenu national ne peut se soustraire au devoir de répartir l'impôt sur le revenu en conformité de la Loi, de révéler au contribuable la nature de l'impôt, de lui permettre de contester la cotisation et de la faire réviser en appel.

Il est bien établi en droit que la doctrine de l'irrecevabilité ne peut être invoquée avec succès à l'appui d'un contrat illégal. Étant donné que j'ai conclu que le document en cause est invalide, la question de l'irrecevabilité ne se pose pas. J'accueillerais l'appel sur la première question avec dépens suivant l'issue de l'action.

Le pourvoi devant cette Cour fait seulement valoir, pour réfuter les renonciations, les pressions, la contrainte ou la violence qu'on aurait exercées et il attaque aussi le moyen de l'intimé fondé sur l'irrecevabilité. En ce qui concerne les pressions, la contrainte ou la violence, l'avocat des appelants a concédé qu'il ne saurait être question en l'espèce de contrainte, comme on l'entend en *common law*. Il s'est surtout fondé sur les pressions, ce qui revenait à alléguer de nouveau que les renonciations étaient invalides parce qu'on les avait obtenues en menaçant de poursuites ou en proposant leur abandon.

Pour des raisons de commodité, nous ne traitons que de la situation de Smerchanski car celle de la compagnie ne diffère qu'en ce qui concerne le nombre et la détermination des années d'imposition en cause dans les deux appels. Voici ce que dit le document signé par Smerchanski et la déclaration ajoutée par l'avocat témoin agissant pour le compte de ce dernier:

[TRADUCTION] Je, soussigné, Mark Gerald Smerchanski, de Winnipeg (Manitoba), ingénieur minier, accuse par les présentes réception des avis de nouvelles cotisations établies en vertu de la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu (c. 97 des Statuts révisés du Canada de 1927), de la Loi de l'impôt sur le revenu (c. 52 des Statuts du Canada de 1948) et de la Loi de l'impôt sur le revenu (c. 148 des Statuts révisés du Canada de 1952), les montants de ces nouvelles cotisations, relatives à mon impôt sur le revenu pour les années d'imposition 1945 à 1959 incluses, étant les suivants:

1945	\$124,453.47	1945	\$124,453.47
1946	173,413.76	1946	173,413.76
1947	47,303.19	1947	47,303.19
1948	2,292.65	1948	2,292.65
1949	4,562.24	1949	4,562.24
1950	3,751.45	1950	3,751.45
1951	6,046.75	1951	6,046.75
1952	16,125.99	1952	16,125.99
1953	10,304.69	1953	10,304.69
1954	12,567.53	1954	12,567.53
1955	94,231.07	1955	94,231.07
1956	288,994.87	1956	288,994.87
1957	96,739.51	1957	96,739.51
1958	54,858.82	1958	54,858.82
1959	15,964.82	1959	15,964.82
	<u>\$951,610.81</u>		<u>\$951,610.81</u>

I do hereby approve of and consent to the individual amounts involved in each re-assessment, which I understand are inclusive of taxes, interest and penalties for each of the said years. I do hereby admit my liability for the amount of the same and I do hereby waive any right of appeal I now or may have in regard to any of the said re-assessments.

I do hereby further acknowledge that the said re-assessments for the years 1955 to 1958, both inclusive, are in substitution for the provisional re-assessments made for those years under dates March 14, 1960, May 1, 1961, April 16, 1962, and June 28, 1963, and I do hereby withdraw the Notices of Objection dated June 10, 1960, June 8, 1961, June 5, 1962 and September 23, 1963, I previously filed in regard to the said provisional re-assessments.

It is understood and agreed that this document is binding upon my heirs, executors and administrators.

IN WITNESS WHEREOF I have hereunto set my hand and seal at Winnipeg, in Manitoba, this 10th day of July, 1964.

(Seal)

“Harry Walsh”

Witness

“M. G. Smerchanski”

Mark Gerald Smerchanski

The above acknowledgment, consent and waiver was voluntarily executed before me by the said Mark Gerald Smerchanski of his own free will and accord. The said Mark Gerald Smerchanski has further acknowledged to me that he understands and is fully aware of the nature and effect of the said document.

J'accepte et j'approuve par les présentes chacune des sommes contenues dans chacune des nouvelles cotisations, étant entendu qu'elles englobent les impôts, les intérêts et les pénalités relatifs à chacune desdites années. Je me reconnais par les présentes débiteur desdites sommes et je renonce à tout droit qui m'appartient ou viendrait à m'appartenir de faire appel de l'une quelconque desdites nouvelles cotisations.

En outre, je prends acte par les présentes du fait que lesdites nouvelles cotisations relatives aux années 1955 à 1958 incluses se substituent aux nouvelles cotisations provisoires établies pour ces années, datées du 14 mars 1960, du 1^{er} mai 1961, du 16 avril 1962 et du 28 juin 1963 et je retire par les présentes les avis d'opposition que j'ai signifiés contre lesdites nouvelles cotisations provisoires datées du 10 juin 1960, du 8 juin 1961, du 5 juin 1962 et du 23 septembre 1963.

Il est entendu et convenu que le présent document lie mes héritiers, exécuteurs testamentaires et administrateurs judiciaires.

EN FOI DE QUOI, j'ai apposé ma signature et mon sceau sur les présentes, à Winnipeg (Manitoba), en ce dixième jour de juillet 1964.

(Sceau)

«Harry Walsh»

Témoin

«M. G. Smerchanski»

Mark Gerald Smerchanski

L'accusé de réception, l'assentiment et la renonciation ci-dessus ont été volontairement signés devant moi par ledit Mark Gerald Smerchanski de son plein gré. Ledit Mark Gerald Smerchanski m'a en outre certifié qu'il comprend la nature et l'effet du document et en est pleinement conscient.

DATED at Winnipeg, in Manitoba, this 10th day of July, 1964.

“Harry Walsh”

A Barrister-at-Law entitled to practise in and for the Province of Manitoba.

I see no profit, for the purposes of the appeals here, to canvass the facts in any detail. There are two approaches which are open, one of which was that taken by the respondent, whose contention was accepted by the trial judge, and the other that advanced by the appellants. The first view is that the overtures for settlement of a very large tax liability came from the legal advisers of the appellants—and this is conceded by counsel for the appellants before this Court—and that the taxpayers were not directly threatened with prosecution for fraudulent tax evasion but having been made aware of the probability of prosecution they knowingly acted upon the advice of counsel to seek a settlement with the tax authorities to forestall probable prosecution and accordingly accepted, in the light of the facts known to them and to the tax authorities, the terms of settlement proposed by the tax authorities which included immediate payment of the reassessments for tax, interest and penalties without question as to particulars and with waiver of rights of appeal.

Counsel for the appellants urged that the settlement was forced as to its conditions, and especially as to the waiver of right of appeal, by a threat of prosecution which was either not seriously meant, but was used rather as a means of extorting a million-dollar settlement without recourse to question or appeal, or, if serious, was an abuse of power by the tax department in its coercive effect to accomplish an end which was open to achievement through lawful processes provided by law.

That the tax authorities took a serious view of Smerchanski's tax evasion cannot be open to question. The appointment of special counsel to examine the file and to advise on prosecution and his advice to that effect supports this beyond doubt. There were a series of meetings which the taxpayers and their counsel sought and obtained with the tax authorities, and they culminated in a payment

FAIT à Winnipeg (Manitoba), en ce dixième jour de juillet 1964.

«Harry Walsh»

Avocat inscrit au barreau de la province du Manitoba

Je ne crois pas utile, aux fins des pourvois dont nous sommes saisis, de m'étendre sur les faits. Il y a deux façons d'envisager la question; celle de l'intimé, à laquelle a souscrit le premier juge, et celle des appelants. Selon l'intimé, ce sont les conseillers juridiques des appelants qui ont offert de régler une très lourde dette fiscale—l'avocat des appelants en convient d'ailleurs devant la présente Cour. Les contribuables n'étaient pas directement menacés de poursuites pour dissimulation frauduleuse de matière imposable, mais prévenus que des poursuites étaient probables, ils ont en toute connaissance de cause accepté les conseils de leur avocat et sollicité auprès de l'administration fiscale un règlement destiné à prévenir des poursuites probables. C'est pourquoi, compte tenu de ce qu'eux-mêmes et le fisc savaient, ils ont accepté les conditions du règlement que leur proposait l'administration fiscale, notamment le paiement immédiat des nouvelles cotisations d'impôt, de l'intérêt et des pénalités, sans en demander le détail et en renonçant à tout droit d'appel.

L'avocat des appelants a prétendu que les conditions du règlement—et en particulier la renonciation au droit d'appel—leur ont été imposées sous la menace de poursuites. Soit, la menace n'était pas sérieuse, mais était plutôt un moyen d'extorquer un règlement d'un million de dollars sans possibilité pour les appelants de poser de questions ni d'en appeler, soit, elle était sérieuse et constituait un abus de pouvoir de la part du Ministère en ce qu'on usait de violence pour atteindre une fin à laquelle on aurait pu parvenir par des voies légales.

Indubitablement, l'administration fiscale a pris au sérieux la question de la dissimulation de matière imposable par Smerchanski. La nomination d'un avocat spécial chargé d'étudier le dossier et de se prononcer sur l'opportunité d'entamer des poursuites, de même que ses conseils en ce sens, le prouvent amplement. Les contribuables et leurs avocats ont sollicité et obtenu une série d'entre-

by Smerchanski on account of tax liability and in a letter of commitment of July 2, 1964, which was a prelude to the waiver agreements of July 10, 1964. This letter of commitment was signed by counsel for Smerchanski as well as by that taxpayer, and must be regarded as unusual in counsel's acceptance of an obligation to discharge Smerchanski's tax liability unless it be that the money for that purpose was already in hand. I set out the letter of commitment which was written to the special counsel retained by the tax department; it is as follows:

Mr. C. Gordon Dilts,
Barrister & Solicitor,
503 Electric Railway Chambers,
WINNIPEG, Manitoba.

Dear Mr. Dilts:

Re: Mark Gerald Smerchanski and Eco
Exploration Company Limited

(no personal liability)

We, Mark Gerald Smerchanski and Harry Walsh, hereby jointly and severally commit ourselves unconditionally to the payment in cash of the total income tax liability of Mark Gerald Smerchanski and Eco Exploration Company Limited (no personal liability) (including interest and penalties) for the years 1945 to 1959, both inclusive, as determined by the Department of National Revenue, such payment to be made upon our being advised by the said Department of the total amount of such liability. It is agreed and understood that the total amount of such liability will be accepted and approved by us without question or reservation and without any demand whatsoever being made of the Department of National Revenue for particulars of the total amount involved. It is further agreed and understood that Mark Gerald Smerchanski will personally assume payment of the total liability as assessed against Eco Exploration Company Limited (no personal liability).

We, Mark Gerald Smerchanski and Exo (*sic*) Exploration Company Limited (no personal liability) do hereby further unconditionally waive any and all right of appeal from the income tax assessments or re-assessments that are now made or about to be made by the Department of National Revenue for the said years.

This letter will also serve to confirm that all counsel and accountants that have been retained for or on behalf of Mark Gerald Smerchanski and Eco Exploration Company Limited (no personal liability) have been

tiens avec les représentants du fisc; ceux-ci ont eu pour résultat un paiement par Smerchanski en acquittement de l'impôt exigible et une lettre d'engagement datée du 2 juillet 1964, préluade aux renonciations du 10 juillet 1964. Smerchanski et son avocat ont signé la lettre d'engagement, ce qui est pour le moins inhabituel en ce que ce dernier reconnaissait être tenu d'acquitter la dette fiscale de Smerchanski, à moins que l'argent nécessaire à cette fin n'ait déjà été prêt. Voici la teneur de la lettre d'engagement, adressée à l'avocat spécial retenu par le ministère du Revenu national:

[TRADUCTION] M. C. Gordon Dilts,
Avocat,
503 Electric Railway Chambers,
WINNIPEG (Manitoba).

Monsieur Dilts,

Objet: Affaire Mark Gerald Smerchanski
et Eco Exploration Company
Limited

(sans responsabilité personnelle)

Nous, Mark Gerald Smerchanski et Harry Walsh, nous engageons inconditionnellement, conjointement et solidairement par les présentes, à payer en espèces la totalité de la dette d'impôt sur le revenu de M. Mark Gerald Smerchanski et de la Eco Exploration Company Limited (sans responsabilité personnelle), y compris les intérêts et pénalités, relative aux années 1945 à 1959 incluses, telle qu'elle sera fixée par le ministère du Revenu national; le paiement sera effectué dès que le Ministère nous aura fait connaître le montant de cette dette. Il est entendu et convenu que nous accepterons et approuverons le montant total de cette dette sans aucune réserve et sans en demander le détail au ministère du Revenu national. Il est également entendu et convenu que M. Mark Gerald Smerchanski supportera personnellement le paiement de la totalité de la dette mise à la charge de la Eco Exploration Company Limited (sans responsabilité personnelle).

Nous, Mark Gerald Smerchanski et la Eco Exploration Company Limited (sans responsabilité personnelle) renonçons en outre inconditionnellement à tout droit d'interjeter appel des cotisations ou nouvelles cotisations d'impôt sur le revenu dès à présent établies ou sur le point d'être établies par le ministère du Revenu national pour lesdites années.

La présente lettre vaut également confirmation du fait que tous les avocats et comptables dont les services ont été retenus pour M. Mark Gerald Smerchanski et la Eco Exploration Company Limited (sans responsabilité per-

familiarized with the contents of this letter, and that they are all in accord with it and are prepared to the extent applicable to be bound by it.

It is further agreed and understood that the commitments contained in this letter are binding upon the heirs, executors and administrators of Mark Gerald Smerchanski and upon the successors and assigns of Eco Exploration Company Limited (no personal liability).

DATED at Winnipeg, in Manitoba, this 2nd day of July, 1964.

“M. G. Smerchanski”

“Harry Walsh”

ECO EXPLORATION COMPANY
LIMITED
(NO PERSONAL LIABILITY)

Per: “P. N. Smerchanski”

President

“Phillip Smerchanski”

Secretary

Since it is not contested that a taxpayer may validly waive his rights of appeal against a tax assessment and that no question of public policy is involved to preclude such a waiver, the only issue of importance in this appeal is whether the tax authorities, seriously contemplating prosecution, and by indictment as in the present case, are entitled to exact a waiver of rights of appeal as a binding term of settling a clear tax liability when overtures for settlement are made by the taxpayer and, in consequence, to abandon their intention to prosecute.

There could be no doubt in the present case of the taxpayer's liability to a large amount of tax even if there be some doubt in his mind that he owed all that the tax authorities claimed. There is no doubt of the enforceability of compromise agreements on liability for disputed debt as an escape from litigation, absent vitiating circumstances. I return then to the one factor that is said to make the waiver agreements herein voidable,

sonnelle) ou en leur nom, ont pris connaissance du contenu de la présente lettre, lui ont donné leur approbation et sont disposés à s'estimer liés par elle dans la limite de son applicabilité.

Il est en outre entendu et convenu que les engagements contenus dans cette lettre lient les héritiers, exécuteurs testamentaires et administrateurs judiciaires de M. Mark Gerald Smerchanski et les successeurs et ayants droit de la Eco Exploration Company Limited (sans responsabilité personnelle).

FAIT à Winnipeg (Manitoba), en ce deuxième jour de juillet 1964.

«M. G. Smerchanski»

«Harry Walsh»

Pour la ECO EXPLORATION
COMPANY LIMITED
(SANS RESPONSABILITÉ
PERSONNELLE)

«P. N. Smerchanski»

Président

«Phillip Smerchanski»

Secrétaire

Comme il n'est pas contesté qu'un contribuable peut valablement renoncer à son droit d'appel contre une cotisation d'impôt et que l'intérêt public ne s'oppose pas à pareille renonciation, la seule question importante en litige dans le présent appel est de savoir si le fisc, lorsqu'il envisage sérieusement des poursuites, par voie d'acte d'accusation comme c'est le cas en l'espèce, peut, sur l'offre faite par le contribuable, imposer comme condition préalable au règlement d'une dette fiscale indubitable la renonciation au droit d'appel et, par voie de conséquence, renoncer lui-même à toute poursuite.

En l'espèce, le contribuable doit indubitablement des sommes considérables au titre de l'impôt, même s'il doute être endetté aussi lourdement que l'administration fiscale le prétend. Lorsque rien ne vient les vicier, on ne met pas en doute le caractère exécutoire des transactions sur la reconnaissance d'une dette contestée permettant d'éviter les poursuites. J'en reviens donc au seul facteur susceptible d'invalider les renonciations, c'est-à-dire la menace

and that is that the threat of prosecution lay behind them. I think that leading counsel for the respondent could not have been more candid on this matter and it is clear to me, on the record, that Smerchanski was in jeopardy of a prosecution, of a conviction and of the likelihood of a gaol term unless he could persuade the tax authorities to accept a settlement in full of their tax claim against him, even if this meant a complete capitulation to the terms that were proposed. He knew, and his advisers knew that he was in deep trouble in respect of his tax obligations. The investigation had gone on for some time and, according to the tax authorities, if there was going to be a settlement it would have to be a final one without further recourse. I may note that a successful tax prosecution would not itself have wiped out the tax liability, whatever be the effect that it would have had on unassessed penalties at that time.

I am content to act on the view, which is perhaps somewhat in between the positions taken on the facts by the respective parties, that the tax authorities held the threat of prosecution over Smerchanski but with good grounds and that the latter was aware of this and knowingly made a settlement, however draconian it may look to him in retrospect, which he was only too glad to make to escape the prospect of a conviction and of a gaol term.

Given that the tax department had good grounds for proceeding against Smerchanski and that Smerchanski himself knew it, and indeed acknowledged a tax liability even before the letter of commitment was signed and before the waiver agreement was executed, I cannot agree that the settlement made on the terms of a waiver of rights of appeal is either illegal or voidable. We deal here with a public authority which is under a duty to collect taxes from persons under a duty to pay them and who are subject to penalties for failure to pay and to criminal prosecution for wilful or fraudulent tax evasion. The threat of prosecution underlies every tax return if a false statement is knowingly made in it and, indeed, this is inscribed on the face of the tax form. It cannot be that the tax authorities must proceed to prosecution when faced with a dispute on whether there is a wilful

de poursuites qui les aurait provoquées. J'estime que l'avocat principal de l'intimé n'aurait pu être plus franc sur le sujet et il me semble clair, d'après le dossier, que Smerchanski risquait d'être poursuivi, d'être déclaré coupable et d'être condamné à la prison, à moins qu'il ne convainque le ministère du Revenu national de lui permettre d'acquitter intégralement l'impôt exigible, même s'il devait se soumettre complètement aux conditions proposées par le fisc. Ses conseillers juridiques et lui-même savaient que ses dettes fiscales l'avaient mis dans une situation critique. L'enquête avait duré assez longtemps et, selon l'administration fiscale, s'il devait y avoir règlement, celui-ci devrait être définitif et sans recours. Je souligne qu'en cas de succès des poursuites, la dette fiscale ne serait pas automatiquement éteinte, quel que soit leur effet sur les pénalités non établies à l'époque.

J'estime donc, et je me place peut-être ainsi à mi-chemin des positions respectives des deux parties, que le ministère du Revenu national a menacé Smerchanski de poursuites mais non sans raison valable, et que ce dernier le savait et a finalement conclu en connaissance de cause un règlement, si draconien puisse-t-il lui sembler après coup, auquel il n'était que trop heureux de consentir afin d'échapper à la possibilité d'une condamnation et d'une peine d'emprisonnement.

Étant donné que le ministère du Revenu national avait de bonnes raisons de poursuivre Smerchanski, et que ce dernier non seulement le savait mais avait reconnu être redevable d'impôts avant même la signature de la lettre d'engagement et des renoncations, je ne puis admettre que le règlement assujéti à la renonciation au droit d'appel soit illégal ou entaché de nullité. Nous sommes en présence d'un organisme public chargé de percevoir l'impôt de ceux qui en sont redevables et qui s'exposent respectivement à des pénalités et à des poursuites au criminel en cas de refus de payer ou de dissimulation de matière imposable, délibérée ou frauduleuse. Aucune déclaration d'impôt n'échappe à la menace de poursuites en cas de déclaration frauduleuse délibérée, et de fait, la formule de déclaration d'impôt le dit clairement en première page. Quand il s'agit de déterminer s'il y

tax evasion rather than being amenable to a settlement, be it a compromise or an uncompromising agreement for payment of what is claimed. Here there was not even such a dispute but an acknowledgement of evasion and the taxpayer's position cannot be stronger when he is a confessed evader than when he has disputed wilful evasion.

I leave to one side situations where the tax authorities, having no substantial case against a taxpayer, nonetheless importune and harass him with the threat of prosecution in order to exact an unjustified settlement. That is not the present situation. Nor is this a situation where a Crown prosecutor, to vindicate a private claim against another, threatens him with prosecution to force a favourable settlement of the claim. The evidence falls very short of any malice against Smerchanski, of any attempt to settle a private grudge, of any use of the powers of the State for private ends.

I did not understand counsel for Smerchanski to contend that the size of the tax settlement itself cast any reflection on the propriety of the waiver agreement. It is idle to speculate what would have happened if he could not have raised the money, or to wonder whether a person in less affluent circumstances would have escaped prosecution when unable to meet the tax authorities' terms of settlement. There is a good deal of discretion reposed in the tax authorities as to enforcement of the *Income Tax Act*, and I have no doubt that the Courts, within the limits of discretion open to them, would monitor what might appear to be unnecessary severity in dealing with taxpayers despite the fact that they might have been guilty of some wilful breach of the law. There are no such considerations in the present case.

Although I do not think that undue influence exists in this case as a separate basis for impeaching the waiver agreements, it is my view that, assuming that they would be voidable on that ground, Smerchanski's conduct would disentitle him to any relief.

a ou non évasion fiscale délibérée, le ministère du Revenu national ne peut être tenu d'entamer des poursuites plutôt que de se prêter à un règlement, que celui-ci ait la forme d'un compromis ou d'une obligation stricte de payer ce qui est réclamé. En l'espèce, nous ne sommes même pas en présence d'un tel différend, l'évasion fiscale n'étant pas contestée; or, le contribuable ne peut être en meilleure posture lorsqu'il reconnaît la fraude que lorsqu'il conteste l'évasion fiscale délibérée.

Je mets de côté le cas où l'administration fiscale, sans grief sérieux contre le contribuable, l'importune et le harcèle en le menaçant de poursuites afin d'extorquer un règlement injustifié. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Nous ne sommes pas non plus en présence de la situation où un substitut du procureur général, dans le but de faire valoir une réclamation personnelle contre un particulier, le menace de poursuites pour amener un règlement favorable. Rien dans la preuve ne laisse croire à la malveillance à l'égard de Smerchanski, à un règlement de compte personnel, ni au recours aux pouvoirs de l'État à des fins personnelles.

Je ne pense pas que l'avocat de Smerchanski ait prétendu que l'importance même du règlement rende douteuse la validité de la renonciation. Il est inutile de chercher à savoir ce qui serait arrivé s'il n'avait pu réunir les fonds, ou de se demander si une personne moins riche aurait échappé aux poursuites si elle n'avait pu satisfaire aux conditions imposées par l'administration fiscale. Celle-ci jouit d'une assez grande discrétion dans l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et je ne doute pas que les tribunaux dans les limites de leur pouvoir discrétionnaire, surveilleraient ce qui semblerait être d'une rigueur inutile à l'égard des contribuables, même si ces derniers ont délibérément violé la loi. Ces considérations n'entrent pas en ligne de compte dans l'affaire qui nous intéresse.

J'estime qu'il n'y a pas eu en l'espèce de pressions qui justifient en elles-mêmes l'annulation des renonciations, mais, serait-ce le cas, la conduite de Smerchanski, selon moi, lui enlèverait le droit à tout redressement.

In the circumstances I do not find it necessary to deal with the respondent's assertion of estoppel.

The result to which I would come in this case is encased in broad statutory provisions in both England and the United States. Authorization for pecuniary settlements instead of instituting criminal proceedings has been part of the tax law in England since 1944 and is now found in the *Taxes Management Act*, 1970 (U.K.), c. 9, s. 105. In the United States, ss. 7121 and 7122 of the *Internal Revenue Code* of 1954 authorize settlements and compromises of tax liability as against civil or criminal proceedings prior to reference to the Department of Justice for prosecution or defence. I do not regard these provisions as necessarily pointing to the common law invalidity of all contractual settlements made in the knowledge of probable prosecution and in order to avoid it. Rather they represent an acknowledgement of practice by seeking to put beyond dispute the power of the tax collector to settle or compromise tax liability, even if there be wilful evasion leaving the taxpayer open to possible or probable prosecution.

I would dismiss the appeals with costs.

The judgment of Pigeon and Beetz JJ. was delivered by

PIGEON J.—I agree with the Chief Justice that these appeals should be dismissed but solely on the view he has expressed that, assuming the waiver agreements would be voidable on the ground of undue influence, Smerchanski's conduct would disentitle him to any relief.

The appellants abandoned at trial any issue of illegality and they restricted their appeal in this Court to the issue of duress and undue influence. It is apparent that there was no duress in the legal sense and, therefore, undue influence was the only basis on which the appellants really claimed relief from their waiver of the right of appeal from the tax reassessments in issue.

Dans les circonstances, je ne juge pas nécessaire de traiter de la question de l'irrecevabilité, avancée par l'intimé.

La conclusion à laquelle j'arrive en l'espèce fait l'objet de dispositions statutaires d'ordre général en droit anglais aussi bien qu'américain. En effet, depuis 1944, le droit fiscal anglais autorise le recours aux règlements financiers au lieu de poursuites criminelles, solution aujourd'hui consacrée par la *Taxes Management Act*, 1970 (U.K.), c. 9, art. 105. Aux États-Unis, les art. 7121 et 7122 du *Internal Revenue Code* de 1954 autorisent les règlements et les transactions en matière de dettes fiscales par opposition aux poursuites civiles ou criminelles, avant qu'il y ait renvoi au ministère de la Justice aux fins de poursuites ou de défense. Je ne crois pas que ces dispositions indiquent nécessairement l'invalidité en *common law* de tous les règlements contractuels conclus dans la crainte de poursuites possibles et dans l'intention de les éviter. Elles reflètent plutôt la pratique suivie, et ont pour but de soustraire à toute contestation le pouvoir du percepteur de conclure un règlement ou un compromis en matière de dette fiscale, même lorsque le contribuable s'expose à des poursuites possibles ou probables par suite de fraude délibérée.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens.

Le jugement des juges Pigeon et Beetz a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Tout comme le Juge en chef, je suis d'avis qu'il faut rejeter ces pourvois, mais uniquement pour un des motifs qu'il a exprimés: à supposer que les renonciations soient entachées de nullité en raison de pressions exercées, la conduite de Smerchanski lui enlève le droit à tout redressement.

Au cours du procès, les appelants ont renoncé au moyen fondé sur l'illégalité pour s'en tenir devant nous à la question de la contrainte et des pressions. Il est évident qu'il n'y a pas eu contrainte au sens juridique du terme et, par conséquent, les appelants ont argué uniquement des pressions exercées contre eux pour demander l'annulation de leurs renonciations au droit d'appel des nouvelles cotisations d'impôt en litige.

I wish to stress that the question whether the commitments signed by the taxpayers and one of their legal advisers on July 2, 1964, were valid does not arise in this case. The situation here is that, subsequently, reassessment notices were issued and the taxpayers paid in full the amounts assessed as tax, interest and penalties. They have waived their right of appeal to the Court from the reassessments. Such waiver is not illegal or invalid in itself and the only question is whether these taxpayers can obtain relief from these waivers on account of the kind of pressure under which they were executed. Until they obtain such relief their appeals cannot be considered. I agree with the Chief Justice that Smerchanski's conduct was such as to disentitle them to such relief in any case. In saying this I have particularly in mind the alteration of documents after their return by the Minister subsequent to the reassessments.

Appeals dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: J. T. Thorson, Q.C., Ottawa.

Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Q.C., Ottawa.

Je tiens à souligner qu'en l'espèce, la question de la validité des engagements signés par les contribuables et l'un de leurs conseillers juridiques, le 2 juillet 1964, ne se pose pas. La situation qui nous intéresse est la suivante: suite aux engagements, les contribuables ont reçu des avis de nouvelles cotisations et versé intégralement l'impôt exigé ainsi que l'intérêt et les pénalités imposés. Ils ont aussi renoncé à leur droit d'appel. Pareille renonciation n'est pas en elle-même illégale ni entachée de nullité, et la seule question à régler est de savoir si les contribuables peuvent être dégagés de ces renonciations en raison de la nature des pressions exercées au moment de leurs signatures. Tant qu'ils n'en auront pas été dégagés, leurs pourvois ne peuvent être pris en considération. Je suis de l'avis du Juge en chef que la conduite de Smerchanski leur a de toute façon enlevé le droit à pareil redressement. En disant cela, je pense surtout aux falsifications des documents après que le Ministre les eut renvoyés à la suite des nouvelles cotisations.

Pourvois rejetés avec dépens

Procureur des appelants: J. T. Thorson, c.r., Ottawa.

Procureur de l'intimé: D. S. Thorson, c.r., Ottawa.

Price (Nfld.) Pulp & Paper Limited
Appellant;

and

The Queen *Respondent.*

The Price Company Limited *Appellant;*

and

The Queen *Respondent.*

1976: June 24, 25; 1976: October 5.

Present: Laskin C.J. and Judson, Spence, Pigeon and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Sales tax — Machinery — Purchase under instalment contract — Tax payable with instalments — Machinery subsequently exempt from tax — No right to recover tax already paid — Excise Tax Act, R.S.C. 1952, c. 100, s. 30 as amended.

The appeals raised the following question: If machinery, to be delivered in a knocked down condition and purchased under a conditional sale contract, become exempt from sales tax before delivery and installation are complete and before all instalment payments have been made, is the tax paid in respect of instalments up to the time of exemption recoverable? The Federal Court of appeal affirmed the judgments at trial that the tax was not recoverable.

Held: The appeals should be dismissed.

The answer to the question depends on the construction of s. 30(1)(a) (ii) of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 100, as amended. The section makes clear that where a conditional sales contract is concerned the tax is payable by the producer or manufacturer *pro tanto* when each instalment becomes payable. The tax, proportioned to each instalment of the purchase price, is due and payable when the instalment is payable, and is exigible and final.

R. v. Dominion Engineering Co. Ltd., [1944] S.C.R. 371, aff'd. [1947] 1 D.L.R. 1; *Steel Co. of Canada v. The Queen*, [1955] S.C.R. 161, referred to.

Price (Nfld.) Pulp & Paper Limited
Appelante;

et

La Reine *Intimée.*

The Price Company Limited *Appelante;*

et

La Reine *Intimée.*

1976: les 24 et 25 juin; 1976: le 5 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Taxe de vente — Machine — Achat à tempérament — Montant de la taxe joint aux acomptes sur les prix d'achat — Machine subséquemment exemptée de la taxe — Aucun droit de recouvrer la taxe payée avant l'exemption — Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1952, c. 100, art. 30 et modifications.

Les pourvois soulèvent la question suivante: si une machine, livrée en pièces détachées et achetée en vertu d'un contrat de vente conditionnelle, est exemptée de taxe de vente avant que ne soient terminées la livraison et l'installation et avant l'acquittement de tous les versements, peut-on recouvrer la taxe de vente relative aux acomptes versés avant l'entrée en vigueur de l'exemption? La Cour d'appel fédérale a confirmé les jugements de première instance selon lesquels la taxe n'est pas recouvrable.

Arrêt: Les pourvois doivent être rejetés.

La réponse à la question dépend de l'interprétation de l'art. 30(1)(a)(ii) de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1952, c. 100 et modifications. Il dit clairement qu'au regard d'un contrat de vente conditionnelle, la taxe est payable par le producteur ou le fabricant *pro tanto* à l'époque où chacun des versements devient exigible. La taxe, calculée proportionnellement à chaque versement, est payable dès qu'un versement devient payable et elle est exigible et finale.

Arrêts mentionnés: *R. c. Dominion Engineering Co. Ltd.*, [1944] R.C.S. 371, confirmé à [1947] 1 D.L.R. 1; *Steel Co. of Canada c. La Reine*, [1955] R.C.S. 161.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ affirming a judgment of Kerr J. at trial². Appeal dismissed.

Gordon F. Henderson, Q.C., and *George Hynna*, for the appellants.

D. H. Aylen, Q.C., and *D. F. Friesen*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—These two appeals raise the same primary question and it is this. If machinery (here a newsprint machine), to be delivered in a knocked down condition and purchased under a contract providing that title will pass only when all instalments of purchase price are paid, becomes exempt from sales tax before delivery and installation are complete and before all instalment payments have been made, is the amount of the tax paid in respect of instalments of the price up to the time of exemption recoverable from the Crown? The answer to this question depends on the construction of s. 30(1)(a)(ii) of the *Excise Tax act*, R.S.C. 1952, c. 100, as amended.

Apart from the fact that the newsprint machine purchased by Price (Nfld.) Pulp and Paper Limited was destined for Grand Falls, Newfoundland, and the newsprint machine purchased by the Price Company Limited was destined for Alma, Quebec, and that the contracts were concluded on different dates and provided for different numbers and amounts of instalment payments, the issues raised in the two petitions of right brought by the suppliants were the same. The two cases were tried together by Kerr J. who held that the amounts of tax paid up to the time the machines became exempt were not recoverable. His judgments were affirmed by the Federal Court of Appeal in reasons delivered by Thurlow J., as he then was.

A second, a subsidiary question arises if the tax payments are recoverable, and it is whether the appellant purchasers, to whom the tax was passed on by the manufacturer of the machinery, are

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ qui ont confirmé un jugement rendu par le juge Kerr en Division de première instance.² Pourvois rejetés.

Gordon F. Henderson, c.r., et *George Hynna*, pour les appelantes.

D. H. Aylen, c.r., et *D. F. Friesen*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ces deux pourvois soulèvent la même question principale: si une machine (en l'espèce une machine à papier journal), livrée en pièces détachées et achetée en vertu d'un contrat stipulant que le titre de propriété de la machine ne sera transféré à l'acheteur qu'après l'acquittement du prix total, est exemptée de taxe de vente avant que ne soient complétées la livraison et l'installation et avant l'acquittement de tous les versements, peut-on recouvrer du Gouvernement la taxe de vente relative aux acomptes versés avant que la machine soit exemptée de cette taxe? La réponse à cette question dépend de l'interprétation de l'art. 30(1)a)(ii) de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1952, c. 100, et ses modifications.

A part le fait que la machine à papier journal achetée par Price (Nfld.) Pulp & Paper Limited devait être livrée à Grand Falls (Terre-Neuve), tandis que celle achetée par Price Company Limited devait l'être à Alma (Québec), que les contrats avaient été conclus à des dates différentes et que le nombre et le montant des acomptes étaient différents, les questions litigieuses soulevées dans les deux pétitions de droit sont identiques. Le juge Kerr a entendu les deux réclamations en même temps et il a conclu que les compagnies ne pouvaient recouvrer la taxe payée avant l'entrée en vigueur de l'exemption. La Cour d'appel fédérale, par la voix du juge Thurlow, maintenant juge en chef adjoint, a confirmé les jugements de première instance.

Une deuxième question, subsidiaire à la première, se pose si les versements de la taxe sont jugés recouvrables: les compagnies acheteuses à qui le fabricant a imputé la taxe de vente, ont-elles

¹ [1974] 2 F.C. 436.

² [1973] F.C. 964.

¹ [1974] 2 C.F. 436.

² [1973] C.F. 964.

entitled to claim recovery in their own names, although the tax payments were made by the manufacturer to whom they were first remitted by the purchasers along with instalment payments on the purchase price. Kerr J. held that only the person who paid the tax to the Crown had standing to recover the payments and the Federal Court of Appeal was of the same view, adding that it could not be said that as against the Crown the appellants were the owners of the money received from the manufacturer as payments of the tax.

I set out s. 30(1)(a)(i) and (ii) of the *Excise Tax Act* as it stood when the contracts of sale were made. It was in these terms:

30. (1) There shall be imposed, levied and collected a consumption or sales tax of eight per cent on the sale price of all goods

(a) produced or manufactured in Canada

(i) payable; in any case other than a case mentioned in subparagraph (ii), by the producer or manufacturer at the time when the goods are delivered to the purchaser or at the time when the property in the goods passes, whichever is the earlier, and

(ii) payable, in a case where the contract for the sale of the goods (including a hire-purchase contract and any other contract under which property in the goods passes upon satisfaction of a condition) provides that the sale price or other consideration shall be paid to the manufacturer or producer by instalments (whether the contract provides that the goods are to be delivered or property in the goods is to pass before or after payment of any or all instalments), by the producer or manufacturer *pro tanto* at the time each of the instalments becomes payable in accordance with the terms of the contract;

At the time the exemption from tax became effective, which was June 2, 1967, s. 30(1)(a) included an amendment made by 1966-67 (Can.), c. 40 which qualified s. 30(1)(a)(i) by adding a subpara. (iii) to s. 30(1)(a). Hence the tax payable under s. 30(1)(a)(i) was thereafter payable "in any case other than a case mentioned in subpara. (ii) or (iii)". This change by 1966-67 (Can.), c. 40, is not material to the determination of the principal

le droit de recouvrer en leur propre nom ces versements de la taxe, bien que ceux-ci aient été effectués par le fabricant à qui les acheteuses avaient remis les sommes nécessaires à cette fin en les joignant aux acomptes sur le prix d'achat? Le juge Kerr a conclu que seule la personne ayant payé la taxe au Gouvernement était autorisée à recouvrer les versements. La Cour d'appel fédérale a partagé cet avis, ajoutant qu'on ne pouvait dire qu'à l'égard du Gouvernement, les appelantes aient jamais été propriétaires des sommes versées par le fabricant en acquittement de la taxe.

Voici le libellé de l'art. 30(1)(a)(i) et (ii) de la *Loi sur la taxe d'accise*, en vigueur à l'époque de la conclusion des contrats de vente:

30. (1) Est imposée, prélevée et perçue une taxe de consommation ou de vente de huit pour cent sur le prix de vente de toutes marchandises,

a) produites ou fabriquées au Canada,

(i) payable, dans tout cas autre que celui qui est mentionné au sous-alinéa (ii), par le producteur ou le fabricant à l'époque où les marchandises sont livrées à l'acheteur ou à l'époque où la propriété des marchandises est transmise, selon celle des deux dates qui est antérieure à l'autre, et

(ii) payable, dans un cas où le contrat de vente des marchandises (y compris un contrat de location-vente et tout autre contrat en vertu duquel la propriété des marchandises est transmise dès qu'il est satisfait à une condition) stipule que le prix de vente ou autre considération doit être payé au fabricant ou producteur par versements (que, d'après le contrat, les marchandises doivent être livrées ou que la propriété des marchandises doit être transmise avant ou après le paiement d'une partie ou de la totalité des versements), par le producteur ou le fabricant *pro tanto* à l'époque où chacun des versements devient exigible en conformité des conditions du contrat;

A la date d'entrée en vigueur de l'exemption, soit le 2 juin 1967, l'art. 30(1)(a) avait été modifiée par le c. 40 des S.C. de 1966-67 qui apportait une nouvelle restriction à l'art. 30(1)(a)(i) par l'addition d'un sous-alinéa (iii). Ainsi la taxe payable aux termes de l'art. 30(1)(a)(i) l'était désormais "dans tout cas autre que celui qui est mentionné au sous-al. (ii) ou (iii)". Le taux de la taxe de vente a été porté à neuf pour cent, par 1966-67

question in these appeals. The tax was raised to nine per cent by 1966-67 (Can.), c. 79 (and later reduced again to eight per cent) but this too has no bearing on these appeals.

The position of the appellants on the main point is that the tax imposed by s. 30 is a sales tax dependent for its ultimate exigibility on the passing of title to the machinery; and unless the taxing statute "deems" the instalment payments of the price to be separate sales, carrying tax liability with them, there is no tax liability if the machinery has become exempt before title has passed or, if for any other reason, there is no completed sale. Reliance is placed by the appellants on *R. v. Dominion Engineering Co. Ltd.*³, and especially on the majority reasons of Rand J., at p. 376. A second judgment of this Court invoked by the appellants is *Steel Co. of Canada Ltd. v. The Queen*⁴.

At the time that the *Dominion Engineering Co.* case was decided, the taxing provision which was the predecessor of s. 30(1)(a) was s. 86(1)(a) of the *Special War Revenue Act*, R.S.C. 1927, c. 179, as enacted by 1936 (Can.), c. 45, s. 5. So far as relevant, this provision was as follows:

86. (1) There shall be imposed, levied and collected a consumption or sales tax of eight per cent on the sale price of all goods,—

(a) produced or manufactured in Canada, payable by the producer or manufacturer at the time of the delivery of such goods to the purchaser thereof.

Provided that in the case of any contract for the sale of goods wherein it is provided that the sale price shall be paid to the manufacturer or producer by instalments as the work progresses, or under any form of conditional sales agreement, contract of hire-purchase or any form of contract whereby the property in the goods sold does not pass to the purchaser thereof until a future date, notwithstanding partial payment by instalments, the said tax shall be payable *pro tanto* at the time each of such instalments falls due and becomes payable in accordance with the terms of the contract, and all such transactions shall for the purposes of this section, be regarded as sales and deliveries.

³ [1944] S.C.R. 371, aff'd. [1947] 1 D.L.R. 1.

⁴ [1955] S.C.R. 161.

(Can.), c. 40, et plus tard ramené à huit pour cent. Ces modifications n'ont toutefois aucune incidence sur les questions en litige.

En ce qui concerne la question principale, les appelantes prétendent que l'art. 30 impose une taxe de vente qui ne devient finalement exigible qu'au moment du transfert du titre de propriété de la machine; et qu'aucune taxe n'est exigible si la machine en a été exemptée avant le transfert du titre de propriété ou si, pour toute autre raison, la vente n'est pas complétée, à moins qu'aux termes de la législation fiscale, les acomptes sur le prix d'achat soient considérés comme des ventes distinctes emportant l'assujettissement à la taxe. Les appelantes s'appuient sur l'arrêt *R. c. Dominion Engineering Co. Ltd.*³, et plus particulièrement sur l'opinion de la majorité formulée par le juge Rand, à la p. 376. Les appelantes s'appuient également sur un autre arrêt rendu par cette Cour, savoir *Steel Co. of Canada Ltd. c. La Reine*⁴.

A l'époque de l'arrêt *Dominion Engineering Co.*, la disposition en vigueur, que l'art. 30(1)a) a remplacée, était l'art. 86(1)a) de la *Loi spéciale des revenus de guerre*, S.R.C. 1927, c. 179, modifiée par l'art. 5 du c. 45 des S.C. 1936, dont voici la partie pertinente:

86. (1) Il doit être imposé, prélevé et perçu une taxe de consommation ou de vente de huit pour cent sur le prix de vente de toutes les marchandises,—

a) produites ou fabriquées au Canada, exigible du producteur ou du fabricant à l'époque de la livraison de ces marchandises à leur acheteur.

Toutefois, s'il s'agit, pour la vente de marchandises, d'un contrat où il est prévu que le prix de vente doit être acquitté par versements au fabricant ou producteur au fur et à mesure que progresse l'ouvrage, ou sous toute forme de convention de ventes conditionnelles, de contrat de vente à tempérament, ou toute forme de contrat en vertu duquel la propriété des marchandises vendues ne passe pas aux mains de leur acheteur avant une date ultérieure, nonobstant paiement partiel par versements, ladite taxe est exigible pour ce qui, à l'époque de chacun de ces versements, devient dû et payable conformément aux conditions du contrat, et toutes ces transactions doivent être considérées, pour les fins du présent article, comme ventes et livraisons.

³ [1944] R.C.S. 371, confirmé par [1947] 1 D.L.R. 1.

⁴ [1955] R.C.S. 161.

Provided further that in any case where there is no physical delivery of the goods by the manufacturer or producer, the said tax shall be payable when the property in the said goods passes to the purchaser thereof.

Following the judgments in the *Dominion Engineering Co.* case, s. 86(1)(a) was repealed by 1947 (Can.), c. 60, s. 14 and replaced by the provision which became s. 30(1)(a) of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 100.

There are two substantial changes in the formulation of the taxing provisions under s. 30(1)(a)(i) and (ii) as compared with their predecessor s. 86(1)(a). These changes are in the deletion of two clauses which appeared in s. 86(1)(a). It will be noticed that s. 86(1), in its para. (a), combined provisions (1) for a tax on goods, payable at the time of delivery, and (2) for a tax on goods which were purchased under a conditional sale contract. In respect of conditional sale purchases, there was a concluding clause that "all such transactions shall for the purposes of this section be regarded as sales and deliveries". This clause does not appear in s. 30(1)(a)(ii). In respect of sales generally, completed by delivery, and sales under conditional sale agreements there was a proviso in s. 86(1)(a) covering both; I reproduce it again, as follows:

Provided further that in any case where there is no physical delivery of the goods by the manufacturer or producer, the said tax shall be payable when the property in the said goods passes to the purchaser thereof.

This clause too does not appear in the substituted s. 30(1)(a)(ii).

Counsel for the appellants takes comfort in the exclusion of the first-mentioned clause from s. 30(1)(a)(ii), and counsel for the respondent comfort in the exclusion of the proviso above-quoted. Both counsel rely on the same passage in the reasons of Rand J. in the *Dominion Engineering Co.* case, which is as follows (at p. 376):

Although the section declares the "transaction" to be a constructive sale and delivery, the fundamental support of the tax is an executory contract leading to the transfer of title and possession. That contract is con-

De plus, dans le cas où il n'y a pas eu de livraison réelle des marchandises par le fabricant ou producteur, ladite taxe est exigible lorsque la propriété desdites marchandises passe aux mains de leur acheteur.

Après l'arrêt *Dominion Engineering Co.*, l'art. 86(1)a a été abrogé par l'art. 14 du c. 60 des S.C. 1947, et remplacé par la disposition qui est devenue l'art. 30(1)a de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1952, c. 100.

Il existe deux différences importantes entre le libellé de l'art. 30(1)a(i) et (ii) et celui de l'art. 86(1)a qu'il a remplacé, savoir la suppression de deux dispositions qui figuraient à l'art. 86(1)a. Soulignons que ce dernier alinéa prévoyait le prélèvement (1) d'une taxe sur le prix de vente des marchandises, payable au moment de la livraison, et (2) d'une taxe sur le prix de vente des marchandises achetées en vertu d'un contrat de vente conditionnelle. La disposition relative à ce dernier type de contrat se terminait ainsi: «toutes ces transactions doivent être considérées, pour les fins du présent article, comme ventes et livraisons». On ne retrouve pas cette disposition à l'art. 30(1)a(ii). L'article 86(1)a comprenait une disposition couvrant à la fois les ventes parfaites par la livraison et les ventes effectuées en vertu d'un contrat de vente conditionnelle; je reproduis de nouveau cette disposition:

De plus, dans le cas où il n'y a pas eu de livraison réelle des marchandises par le fabricant ou producteur, ladite taxe est exigible lorsque la propriété desdites marchandises passe aux mains de leur acheteur.

On ne la retrouve pas non plus à l'art. 30(1)a(ii).

L'avocat des appelantes fonde son argumentation sur l'absence à l'art. 30(1)a(ii) de la première disposition citée précédemment, tandis que l'avocat de l'intimée se fonde sur l'absence de la disposition que je viens de citer. Les deux avocats s'appuient sur le passage suivant tiré des motifs du juge Rand dans l'affaire *Dominion Engineering Co.* (à la p. 376):

[TRADUCTION] Même si l'article porte que la «transaction» est une vente et une livraison implicite, l'opération qui justifie essentiellement la taxe est un contrat imparfait devant aboutir à la cession de la propriété. Ce

ceived as a potential sale to which in turn is related a potential total tax: "the tax shall be payable". *Pro tanto* portions of the tax are related to instalments of price and, when the latter become payable as parts of a whole, the right to the tax takes on the same character: but throughout, the tax depends for its efficacy upon the maturing contract. For the total tax there is only an inchoate liability created by the making of the agreement: and to sustain the right to the tax, the instalment become payable must remain an obligation of an executory contract.

The legal liability at any time for any portion of the tax in no degree restricts the parties in good faith from modifying the contract as they see fit, and *a fortiori* it does not prevent a modification by operation of law. If, in the legal result, the actual transaction ceases to be one of sale, then the necessary support for the tax disappears. That result, at least where the termination of the contract does not effect a total rescission, will not affect the right to taxes on any portion of the price paid to the seller nor does it touch those that have been collected or reduced to judgment by the Crown.

That case involved a conditional sale of a pulp-drying machine to be built to certain specifications, the price to be paid in nine instalments and title to pass when the full price was paid. After six instalments had been paid, and as well the tax related to each of them, the purchaser went bankrupt and work on the machine stopped. There was, indeed, no delivery of the machine to the purchaser. The Crown sued for the tax payable on the last three unpaid instalments. Its claim was denied by the Exchequer Court, by this Court, and by the Privy Council.

Hudson J. in this Court, in a concurring judgment, based his conclusion against the Crown squarely on s. 86(1)(a) that where there was no physical delivery the tax was payable when title passed. The Privy Council affirmed on this ground. Neither this Court nor the Privy Council was called upon to determine whether the tax already paid was recoverable. The Privy Council may have given some hope to a taxpayer in this connection by saying that "the result of their view

contrat est conçu comme une vente possible assujettie à une taxe globale possible: «ladite taxe est exigible». Les tranches de la taxe sont évaluées en fonction des acomptes versés sur le prix et, lorsque ceux-ci deviennent payables à titre de partie d'un tout, la taxe suit le sort du principal; toutefois, pendant toute la période en cause, la taxe n'existe que dans la mesure où l'on prévoit que le contrat sera exécuté. L'accord ne crée qu'une obligation incomplète d'acquitter le montant total de la taxe; pour qu'on puisse en exiger l'acquiescement, il faut que le versement devenu payable le soit à titre d'obligation d'un contrat imparfait.

Le fait d'être tenues à un moment donné d'acquitter une partie quelconque de la taxe n'empêche en aucune façon les parties de bonne foi de modifier le contrat à leur guise et, *a fortiori*, n'empêche pas que le contrat soit modifié par le seul effet de la loi. S'il en résulte, en droit, que la transaction n'est plus une vente, l'assiette nécessaire à l'impôt disparaît. Ce résultat, du moins dans les cas où la résiliation du contrat n'opère pas rescission totale, ne fera pas disparaître le droit à la perception de la taxe sur toute partie du prix payé au vendeur et ne saurait avoir pour effet de faire varier le montant des taxes déjà perçues ou fixées par jugement en faveur de la Couronne.

Cette affaire portait sur la vente conditionnelle d'une machine à sécher la pâte, qui devait être fabriquée selon certaines spécifications et dont le prix était payable en neuf versements; le titre de propriété de la machine ne devait être transmis que lors du paiement complet. Après le paiement de six acomptes et de la taxe afférente à chacun d'eux, l'acheteuse a fait faillite et les travaux de fabrication de la machine ont cessé. La machine n'a donc jamais été livrée à l'acheteuse. Le Gouvernement a alors cherché à recouvrer la taxe afférente aux trois versements en souffrance. La Cour de l'Échiquier, la présente Cour et le Conseil privé ont rejeté sa réclamation.

En cette Cour, le juge Hudson a rejeté, dans ses motifs concordant avec l'opinion de la majorité, la réclamation du Gouvernement en se fondant carrément sur la disposition de l'art. 86(1)a) selon laquelle, dans les cas où il n'y avait pas eu livraison réelle des marchandises, la taxe était exigible lorsque la propriété des marchandises passait aux mains de leur acheteur. Le Conseil privé a confirmé l'arrêt de la Cour suprême en se fondant sur ce motif. Aucun des deux n'a été appelé à décider

may lead to anomalies”, and then adding that “it would indeed have absolved the Dominion Company from liability to pay sales tax on the six instalments which they in fact received and on which they paid tax” ([1947] 1 D.L.R. 1, at p. 5).

It is plain to me, from a comparison of s. 86(1)(a) and s. 30(1)(a)(i)(ii), that there has been a legislative reformulation of the incidence of the sales tax on the sale price of goods by dealing separately with the situations where delivery is made or title passes and where goods are purchased under an instalment contract with title deferred until the price is paid in full. The proviso to s. 86(1)(a), which determined the result in the *Dominion Engineering Co.* case for both Hudson J. and for the Privy Council, became, in substance, part of s. 30(1)(a)(i) and no longer related to the tax position under a conditional sale agreement. However, the former provision making instalment transactions sales and deliveries was not made part of s. 30(1)(a)(ii). It is found in another context in s. 31(1) of the *Excise Tax Act*.

Counsel for the appellant emphasized the absence of this “deeming” clause (as he called it) from s. 30(1)(a)(ii) in support of his more general contention that s. 30(1)(a) imposes a sales tax, that payments made before title passes are contingent payments, that the tax imposed is a total tax and (quoting Rand J., *supra*) “for the total tax there is only an inchoate liability created by the making of the [conditional sale] agreement”. In short, it is urged that since (as shown by the *Dominion Engineering Co.* case) the Crown cannot claim tax on instalments no longer payable because no longer an obligation of an executory contract, it cannot keep tax paid under instalments in respect of goods which have become exempt before title has passed. Of course, to apply the

si la taxe déjà versée était recouvrable. Le Conseil privé peut avoir donné au contribuable quelques espoirs à cet égard en déclarant que [TRADUCTION] «leur opinion risque de mener à des anomalies», puis en ajoutant que [TRADUCTION] «en effet, si l’on suit cette opinion, la compagnie Dominion n’aurait pas été tenue de payer la taxe de vente sur les six versements qu’elle a effectivement reçus et sur lesquels elle a payé la taxe» ([1947] 1 D.L.R. 1, à la p. 5).

En comparant l’art. 86(1)a) et l’art. 30(1)a)(i) et (ii), il est clair à mes yeux que le législateur a remanié la question de l’incidence de la taxe de vente sur le prix de vente des marchandises en traitant séparément les cas où il y a livraison de la marchandise ou transfert du titre de propriété, et ceux où les marchandises sont achetées en vertu d’un contrat de vente à tempérament emportant transfert du titre de propriété lors du paiement complet. La partie de l’art. 86(1)a) sur laquelle le juge Hudson et le Conseil privé ont fondé leur décision dans l’affaire *Dominion Engineering Co.*, a été incorporée pour l’essentiel à l’art. 30(1)a)(i) et n’a désormais plus trait à l’exigibilité de la taxe lorsqu’il y a contrat de vente conditionnelle. Toutefois, la disposition antérieure selon laquelle les transactions à tempérament devaient être considérées comme ventes et livraisons, n’a pas été incorporée à l’art. 30(1)a)(ii). On la retrouve dans un autre contexte à l’art. 31(1) de la *Loi sur la taxe d’accise*.

L’avocat des appelantes a insisté sur l’absence de cette disposition à l’art. 30(1)a)(ii) pour étayer sa prétention plus générale voulant que l’art. 30(1)a) impose une taxe de vente, que les paiements effectués avant le transfert du titre de propriété sont des paiements conditionnels, que la taxe imposée est un montant total et (citant aussi le juge Rand) [TRADUCTION] «l’accord [de vente conditionnelle] ne crée qu’une obligation incomplète d’acquitter le montant total de la taxe». En résumé, on allègue que puisque le Gouvernement ne peut exiger (comme l’affaire *Dominion Engineering Co.* le démontre) le paiement d’une taxe sur des versements qui ne sont plus exigibles parce qu’ils ne constituent plus une obligation d’un contrat imparfait, elle ne peut garder la taxe afférente

words of Rand J. strictly, the instalments in the present case are continuing obligations of an executory contract, and to this extent the parallel with the *Dominion Engineering Co.* case disappears.

Steel Co. of Canada Ltd. v. The Queen, supra, is of no direct assistance here. It did not deal with a purchase under a conditional sale contract, but with a contract of sale to Western Canada purchasers of unascertained goods, sold F.O.B. Head of the Lakes, and the question was whether there had been physical delivery of the goods or whether title had passed when the goods were destroyed by fire while in the carrier's possession in Montreal. It was in this context that the language of Locke J. must be viewed when he said (at pp. 169-170):

The tax is a sales tax and not a tax upon contracts of sale not carried out. Liability does not, in my opinion, attach unless and until the goods sold are delivered or the property in them passes to the purchaser and the latter becomes liable to payment of the purchase price.

I am unable to agree that the appellants can sustain their contention, either in terms of history surrounding s. 30(1)(a)(ii) or under its provisions taken alone, that the sales tax under s. 30(1)(a)(ii) is only contingently exigible until title has passed, at which time the tax liability is finally fixed. There is found in s. 30(1)(a)(ii) bracketed words which were not found in s. 86(1)(a) in the same terms, and they are as follows:

(whether the contract provides that the goods are to be delivered or property in the goods is to pass before or after payment of any or all instalments)

It is clear to me that where a conditional sale contract is concerned the tax is payable, *pro tanto* as the subparagraph says, when each instalment becomes payable, and liability for the tax is fixed

aux versements sur le prix de vente de marchandises qui en ont été exemptées avant le transfert du titre de propriété. Naturellement, si l'on s'en tient rigoureusement à ce qu'a dit le juge Rand, les versements en l'espèce sont payables à titre d'obligations continues d'un contrat imparfait, et c'est dans cette mesure que disparaît le parallèle tracé avec l'affaire *Dominion Engineering Co.*

L'arrêt *Steel Co. of Canada Ltd. c. La Reine*, précité, n'est d'aucun secours en l'espèce. Il ne s'agissait pas, dans cette affaire-là, d'un achat effectué aux termes d'un contrat de vente conditionnelle, mais plutôt d'un contrat de vente de marchandises indéterminées, vendues F.A.B. Tête-des-Grands-Lacs aux acheteurs de l'Ouest canadien. La question litigieuse était de savoir s'il y avait eu livraison réelle des marchandises ou s'il y avait eu transfert du titre de propriété lorsqu'un incendie détruisit les marchandises qui étaient alors en la possession du transporteur à Montréal. C'est dans ce contexte qu'il convient d'examiner les propos suivants du juge Locke (aux pp. 169 et 170):

[TRADUCTION] La taxe est une taxe de vente mais pas une taxe afférente aux contrats de vente inexécutés. A mon avis, cette taxe est exigible uniquement lorsque les marchandises vendues sont livrées à l'acheteur ou lorsque le titre de propriété desdites marchandises passe aux mains de ce dernier qui doit alors payer le prix d'achat.

Je suis d'avis que ni l'historique de l'art. 30(1)(a)(ii) ni ses dispositions considérées isolément ne viennent appuyer la prétention des appelantes selon laquelle l'exigibilité de la taxe de vente, imposée aux termes de l'art. 30(1)(a)(ii), est subordonnée au transfert du titre de propriété qui détermine également l'assujettissement définitif à la taxe. On trouve à l'art. 30(1)(a)(ii) une phrase entre parenthèses dont le libellé ne figurait pas dans les mêmes termes à l'art. 86(1)(a). La voici:

(que, d'après le contrat, les marchandises doivent être livrées ou que la propriété des marchandises doive être transmise avant ou après le paiement d'une partie ou de la totalité des versements)

A mes yeux, il est clair qu'au regard d'un contrat de vente conditionnelle, la taxe est payable *pro tanto*, comme le prescrit le sous-alinéa, à l'époque où chacun des versements devient exigible, et l'as-

accordingly irrespective of delivery and irrespective of when title passes. The tax, proportioned to each instalment of the purchase price, is due and payable when any instalment is payable and is, to that extent, exigible and final.

For the foregoing reasons, I conclude that the taxes paid on the instalments of purchase price are not recoverable by reasons of the machinery subsequently becoming exempt from tax. It is unnecessary, therefore, to deal with the subsidiary point respecting the appellants' standing to claim recovery. I would leave this point open for consideration in a case that calls for a conclusion upon it.

I would dismiss the appeals with costs.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Gowling & Henderson, Ottawa.

Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Ottawa.

sujettissement à la taxe est déterminé en conséquence indépendamment de la livraison et de la date du transfert du titre de propriété. La taxe, calculée proportionnellement à chaque versement du prix d'achat, est payable dès qu'un versement le devient et, dans cette mesure, elle est exigible et finale.

Pour ces motifs, je conclus que, même si la machine a été ultérieurement exemptée de la taxe de vente, les taxes déjà payées à l'égard des versements sur le prix d'achat ne sont pas recouvrables. Par conséquent il est inutile d'examiner la question subsidiaire de savoir si les appelantes ont qualité pour réclamer le remboursement des taxes versées. L'étude de cette question devrait se faire uniquement dans le cadre d'une affaire qui exige qu'on y réponde.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs des appelantes: Gowling & Henderson, Ottawa.

Procureur de l'intimée: D. S. Thorson, Ottawa.

James Alex Howley *Appellant*;

and

The Deputy Attorney General of Canada
Respondent.

1976: June 16; 1976: July 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Statutes — Interpretation — Ambiguity — Legislative history — Statutory remission of sentence — Revocation of parole — Penitentiary Act, 1960-61 (Can.), c. 53, s. 22 (now R.S.C. 1970, c. P-6, s. 22) — Parole Act, 1958 (Can.), c. 38, ss. 16, 21 (now R.S.C. 1970, c. P-2, as amended by R.S.C. 1970 (1st Supp.) c. 31).

Appellant was sentenced, on November 21, 1965, to ten years imprisonment and, on admission to the penitentiary, was credited with one-quarter of the sentence as statutory remission, subject to good conduct. He served five and a half years until his parole on March 1, 1971. On October 29, 1971, his parole was suspended, on May 12, 1972, he was convicted of theft and his parole subsequently forfeited. In March 1975 he was again released on mandatory supervision but this was suspended two months later. There were 903 days of statutory remission to his credit at the time of his release in 1971 which appellant claimed were improperly taken from him. On an application for *habeas corpus* it was held that appellant should have the benefit of the remission credited to his 1965 sentence as there was doubt and ambiguity which should be resolved in favour of the applicant. The Court of Appeal reversed.

Held: The appeal should be dismissed.

A person who is paroled after the 1969 statutory changes as to forfeiture of parole is subject to the conditions which they attach to parole. Section 21(1) of the *Parole Act*, which provides that statutory remission is to be lost on conviction for an indictable offence, does not alter remission credited prior to August 1969 and make it a deferred credit. Rather in the event parole is forfeited it imposes a penalty of loss of remission previously credited. The language is not fairly capable of two

James Alex Howley *Appellant*;

et

Le sous-procureur général du Canada *Intimé.*

1976: le 16 juin; 1976: le 12 juillet.

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

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

Lois — Interprétation — Ambiguïté — Historique de la loi — Réduction statutaire de peine — Révocation de la libération conditionnelle — Loi sur les pénitenciers, 1960-61 (Can.), c. 53, art. 22 (maintenant S.R.C. 1970, c. P-6, art. 22) — Loi sur la libération conditionnelle de détenus, 1958 (Can.), c. 38, art. 16 et 21 (maintenant S.R.C. 1970, c. P-2, et modifiée par S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.) c. 31).

Le 21 novembre 1965, l'appelant a été condamné à dix années d'emprisonnement. Dès son admission au pénitencier, il a automatiquement bénéficié d'une réduction statutaire de peine équivalant au quart de sa sentence, sous réserve de bonne conduite. Après avoir purgé cinq années et demie, il a été mis en liberté conditionnelle le 1^{er} mars 1971. Le 29 octobre 1971, sa libération conditionnelle a été suspendue et, le 12 mai 1972, il a été déclaré coupable de vol et a été subséquemment déchu de sa libération conditionnelle. En mars 1975, il a été remis en liberté et placé sous surveillance obligatoire, mais celle-ci a été suspendue deux mois plus tard. L'appelant allègue avoir été privé à tort de la réduction statutaire de peine de 903 jours qui était inscrite à son crédit au moment de sa libération conditionnelle en 1971. Suite à une requête d'*habeas corpus*, il a été décidé que l'appelant devait bénéficier de la réduction de peine créditée à l'égard de la condamnation prononcée en 1965, car tout doute et ambiguïté devaient être tranchés en faveur du requérant. La Cour d'appel a infirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Une personne mise en liberté conditionnelle après l'entrée en vigueur des modifications législatives de 1969 concernant la déchéance est assujettie aux conditions auxquelles ces modifications la subordonnent. Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, qui prévoit qu'une déclaration de culpabilité pour un acte criminel entraîne la perte de la réduction statutaire de peine, ne change pas la nature de celle créditée antérieurement à août 1969 ni ne la transforme

constructions and the question of resolving the issue by giving the benefit of the doubt to the appellant did not therefore arise.

Marcotte v. Dep. A.G. (Can.), [1976] 1 S.C.R. 108 distinguished; *R. v. Dwyer*, [1975] 4 W.W.R. 54 (B.C.S.C.); *Ex parte Krachan* (1975), 24 C.C.C. (2d) 114 (Ont. H.C.); *Ex parte Spice* (1975), 23 C.C.C. (2d) 141 (Ont. H.C.); *R. v. Klepack* (B.C.S.C.), unreported; *R. v. Fraser* (C.A. Man.), unreported; *St-Laurent-Dubé v. Sa Majesté La reine et J. P. Dugas* (Que. C.A.), unreported; *Zong v. The Commissioner of Penitentiaries*, [1976] 1 F.C. 657; *Howarth v. National Parole Board*, [1976] 1 S.C.R. 453 referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing an appeal from a judgment of Stark J. on a *habeas corpus* application. Appeal allowed.

R. D. Manes, for the appellant.

A. M. Garneau and *L. S. Holland*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—James Alex Howley is at present held in custody at the Toronto Gaol. On November 21, 1965, he was sentenced to ten years' imprisonment for the offence of attempted robbery. As required by the *Penitentiary Act*, 1960-61 (Can.), c. 53, s. 22 (now R.S.C. 1970, c. P-6, s. 22) he was automatically credited upon admission to Collins Bay Institution, a penitentiary, with statutory remission amounting to one-quarter of the time for which he was sentenced, subject to good conduct. After serving five and one-half years he was paroled on March 1, 1971. On October 29, 1971, his parole was suspended. On May 12, 1972, he was convicted on a charge of theft over fifty dollars and later that month his parole was forfeited. In March, 1975, he was released from penitentiary and placed on mandatory supervision, which was suspended two months later and he was again incarcerated. The present proceedings were then commenced.

en un crédit différé. Ce paragraphe prescrit en fait, en cas de déchéance de libération conditionnelle, la perte de la réduction de peine antérieurement créditée à titre de sanction. La disposition ne peut faire l'objet de deux interprétations et il n'y a pas lieu d'examiner la possibilité de trancher le litige en accordant à l'appelant le bénéfice du doute.

Distinction faite avec l'arrêt: *Marcotte c. Le s.-p. gén. (Can.)*, 1 [1976] R.C.S. 108; arrêts mentionnés: *R. v. Dwyer*, [1975] 4 W.W.R. 54 (B.C.S.C.); *Ex parte Krachan* (1975), 24 C.C.C. (2d) 114 (Ont. H.C.); *Ex parte Spice* (1975), 23 C.C.C. (2d) 141 (Ont. H.C.); *R. v. Klepack* (C.S.C.-B.), non publié; *R. v. Fraser* (Man. C.A.), non publié; *St-Laurent-Dubé c. Sa Majesté la Reine et J. P. Dugas* (C.A. Qué.), non publié; *Zong c. Le Commissaire des pénitenciers*, [1976] 1 C.F. 657; *Howarth c. La Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario accueillant l'appel d'un jugement du juge Stark relativement à une requête d'*habeas corpus*. Pourvoi rejeté.

R. D. Manes, pour l'appelant.

A. M. Garneau et *L. S. Holland*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—James Alex Howley est présentement détenu à la prison de Toronto. Le 21 novembre 1965, il a été condamné à dix années d'emprisonnement pour tentative de vol qualifié. Dès son admission à l'institution Collins Bay, un pénitencier, il a automatiquement bénéficié, selon les dispositions de la *Loi sur les pénitenciers*, 1960-61 (Can.), c. 53, art. 22 (maintenant S.R.C. 1970, c. P-6, art. 22), d'une réduction statutaire de peine équivalant au quart de la période pour laquelle il était condamné, sous réserve de bonne conduite. Après avoir purgé cinq années et demie, il a été mis en liberté conditionnelle le 1^{er} mars 1971. Le 29 octobre 1971, sa libération conditionnelle a été suspendue. Le 12 mai 1972, il a été déclaré coupable d'un vol de plus de cinquante dollars, puis, dans le courant du mois, il a été déchu de sa libération conditionnelle. En mars 1975, il a été remis en liberté et placé sous surveillance obligatoire. Celle-ci a été suspendue deux mois plus tard et il a été de nouveau incarcéré. C'est alors qu'il a engagé cette procédure.

The applicant's complaint is that the statutory remission which stood to his credit at the time of his release on parole on March 1, 1971, totalling 903 days, was improperly taken from him upon forfeiture of the parole.

On the *habeas corpus* application the issue, Stark J. said, was whether the applicant had a vested right to the statutory remission granted him under s. 22(1) of the *Penitentiary Act* or whether, as the Attorney General contended, he had lost his statutory remission by reason of his subsequent conduct and the effect of changes in the *Parole Act*.

Section 22(1) of the *Penitentiary Act* provides for statutory remission in these words:

Every person who is sentenced or committed to penitentiary for a fixed term shall, upon being received into a penitentiary, be credited with statutory remission amounting to one-quarter of the period for which he has been sentenced or committed as time off subject to good conduct.

In November, 1965, at the time sentence was passed upon the applicant, s. 16(1) of the *Parole Act*, 1958 (Can.), c. 38, read as follows:

16. (1) Where the parole granted to an inmate has been revoked, he shall be recommitted to the place of confinement to which he was originally committed to serve the sentence in respect of which he was granted parole, to serve the portion of his original term of imprisonment that remained unexpired at the time his parole was granted.

The statutory provisions regarding forfeiture of parole were extensively altered by the *Criminal Law Amendment Act*, 1968-69 (Can.), c. 38.

Section 17(1) of the *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2 dealt with forfeiture of parole on conviction of an indictable offence punishable by imprisonment for two years or more:

Le requérant allègue que lorsque sa libération conditionnelle a été révoquée, il a été privé à tort de la réduction statutaire de peine de 903 jours qui était inscrite à son crédit au moment de sa libération conditionnelle, le 1^{er} mars 1971.

Selon le juge Stark, en ce qui concerne la requête d'*habeas corpus*, la question litigieuse était de savoir si le requérant avait un droit acquis à la réduction statutaire de peine accordée en vertu de l'art. 22(1) de la *Loi sur les pénitenciers* ou si, comme l'a prétendu le procureur général, il avait perdu le droit à la réduction statutaire de peine en raison de sa conduite subséquente et des effets des modifications apportées à la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*.

L'article 22(1) de la *Loi sur les pénitenciers* prévoit la réduction statutaire de peine dans les termes suivants:

Quiconque est condamné ou envoyé au pénitencier pour une période déterminée doit, dès sa réception à un pénitencier, bénéficier d'une réduction statutaire de peine équivalant au quart de la période pour laquelle il a été condamné ou envoyé au pénitencier, à titre de remise de peine sous réserve de bonne conduite.

En novembre 1965, au moment de la condamnation du requérant, l'art. 16(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, 1958 (Can.), c. 38, prescrivait:

16. (1) Lorsque la libération conditionnelle octroyée à un détenu a été révoquée, celui-ci doit être envoyé de nouveau au lieu d'incarcération où il a été originairement condamné à purger la sentence à l'égard de laquelle il s'est vu octroyer la libération conditionnelle, afin qu'il y purge la partie de sa période originaire d'emprisonnement qui n'était pas encore expirée au moment de l'octroi de cette libération.

Les dispositions législatives concernant la déchéance de la libération conditionnelle ont été profondément modifiées par la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, 1968-69, (Can.), c. 38.

L'article 17(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, c. P-2, traite de la déchéance de la libération conditionnelle lorsqu'une personne est déclarée coupable d'un acte criminel punissable d'un emprisonnement d'au moins deux ans:

17. (1) Where a person who is, or at any time was, a paroled inmate is convicted of an indictable offence, punishable by imprisonment for a term of two years or more, committed after the grant of parole to him and before his discharge therefrom or the expiry of his sentence, his parole is thereby forfeited and such forfeiture shall be deemed to have taken place on the day on which the offence was committed.

The effect of forfeiture of parole is set out in s. 21(1) of the *Act* in the following terms (R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 31, s. 2):

21. (1) When any parole is forfeited by conviction for an indictable offence, the paroled inmate shall undergo a term of imprisonment, commencing when the sentence for the indictable offence is imposed, equal to the aggregate of

(a) the portion of the term to which he was sentenced that remained unexpired at the time his parole was granted, including any period of remission, including earned remission, then standing to his credit, and

(b) the term, if any, to which he is sentenced upon conviction for the indictable offence, and

(c) any time he spent at large after the sentence for the indictable offence is imposed except pursuant to parole granted to him after such sentence is imposed,

minus the aggregate of

(d) any time before conviction for the indictable offence when the parole so forfeited was suspended or revoked and he was in custody by virtue of such suspension or revocation, and

(e) any time he spent in custody after conviction for the indictable offence and before the sentence for the indictable offence is imposed.

The 1968-69 amendment effected a major change. In *Marcotte v. The Deputy Attorney General for Canada*¹, a majority of this Court, construing the earlier legislation, concluded that an

¹ [1976] 1 S.C.R. 108.

17. (1) Lorsqu'un individu qui est ou qui a été à un moment un détenu à liberté conditionnelle est déclaré coupable d'un acte criminel punissable d'un emprisonnement d'au moins deux ans, commis après que la libération conditionnelle lui a été accordée et avant qu'il ait été relevé des obligations de cette libération conditionnelle ou avant l'expiration de sa sentence, sa libération conditionnelle est, de ce fait, frappée de déchéance et cette déchéance est censée dater du jour où l'infraction a été commise.

L'effet de la déchéance est décrit à l'art. 21(1) de la *Loi* dans les termes suivants (S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), c. 31, art. 2):

21. (1) Lorsqu'une libération conditionnelle est frappée de déchéance par une déclaration de culpabilité d'un acte criminel, le détenu à liberté conditionnelle doit purger un emprisonnement, commençant lorsque la sentence pour l'acte criminel lui est imposée, d'une durée égale au total

a) de la partie de l'emprisonnement auquel il a été condamné qui n'était pas encore expirée au moment de l'octroi de cette libération, y compris toute période de réduction de peine inscrite à son crédit, notamment la réduction de peine méritée,

b) de l'emprisonnement, le cas échéant, auquel il est condamné sur déclaration de culpabilité de l'acte criminel, et

c) du temps qu'il a passé en liberté après que la sentence pour l'acte criminel lui a été imposée, à l'exclusion du temps qu'il a passé en liberté en conformité d'une libération conditionnelle à lui accordée après qu'une telle sentence lui a été imposée,

moins le total

d) du temps antérieur à la déclaration de culpabilité de l'acte criminel lorsque la libération conditionnelle était suspendue ou révoquée et durant lequel il était sous garde en raison d'une telle suspension ou révocation, et

e) du temps qu'il a passé sous garde après déclaration de culpabilité de l'acte criminel avant l'imposition de la sentence pour l'acte criminel.

La modification de 1968-69 a entraîné un changement important. Dans l'affaire *Marcotte c. Le sous-procureur général du Canada*¹, la majorité de la Cour, interprétant la loi antérieure, a décidé

¹ [1976] 1 R.C.S. 108.

inmate was entitled to credit for statutory remission when the unexpired portion of his original term of imprisonment was computed, pursuant to s. 16(1), following revocation of parole. The effect of the 1968-69 amendment was to require the inmate, upon parole revocation or forfeiture, to serve any period of remission standing to his credit at the time parole was granted.

Stark J. held that the applicant should be given full benefit of the statutory remission credited to his 1965 sentence. He described this statutory remission as a vested right in any inmate sentenced prior to August 26, 1969, the date upon which the amendment took effect. Stark J. felt that any other reading would give retrospective effect to s. 21(1) of the *Parole Act*, that there was doubt and ambiguity as to the effect of the amendment to the *Act* upon statutory remission credited to a prisoner sentenced prior to August 26, 1969, and that the matter should be decided in favour of the applicant.

An appeal was taken by the Attorney General. Mr. Justice Kelly delivered the reasons of a unanimous court. He held that:

Parliament, which has created parole, as well as having provided for the crediting to inmates, on admission, of statutory remission, has by clear language provided that the forfeiture of parole by the commission of certain indictable offences shall result in the violator being returned to custody to serve a sentence, the duration of which includes the period of statutory remission standing to the credit of the parolee at the time of his release.

The question at present before the Court, the effect of the 1968-69 amendment, has been considered in a number of cases and two divergent lines of authority have emerged. One representative view is to be found in such cases as *R. v.*

qu'un détenu avait droit à la réduction statutaire de peine inscrite à son crédit lorsque, à la suite de la révocation de sa libération conditionnelle et conformément à l'art. 16(1), on calculait la partie de sa peine originale qui n'était pas expirée. Suite à la modification de 1968-69, le détenu est désormais tenu de purger toute période de réduction de peine inscrite à son crédit au moment de sa libération conditionnelle, en cas de révocation ou de déchéance de ladite libération.

Le juge Stark a décidé que le requérant devait recevoir le plein bénéfice de la réduction statutaire de peine créditée à l'égard de la condamnation prononcée en 1965. Il a décrit cette réduction statutaire de peine comme un droit acquis appartenant à tout détenu condamné avant le 26 août 1969, date à laquelle la modification est entrée en vigueur. Le juge Stark était d'avis que toute autre interprétation donnerait un effet rétroactif à l'art. 21(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*; qu'il y avait doute et ambiguïté quant à l'effet de la modification de la Loi sur la réduction statutaire de peine inscrite au crédit d'un prisonnier condamné antérieurement au 26 août 1969 et que cette question devait être tranchée en faveur du requérant.

Le procureur général a interjeté appel. Le juge Kelly a prononcé les motifs du jugement unanime de la cour. Il déclare que:

[TRADUCTION] Le Parlement, qui a créé la libération conditionnelle et qui a également prévu l'inscription au crédit du détenu, dès son admission, d'une réduction statutaire de peine, a prescrit en termes clairs que la déchéance de la libération conditionnelle, à la suite de certaines infractions, a pour effet de renvoyer le délinquant en prison pour purger une peine dont la durée comprend la période de réduction statutaire de peine inscrite au crédit du bénéficiaire de la libération conditionnelle au moment de sa mise en liberté.

La question actuellement soumise à la Cour, à savoir l'effet de la modification de 1968-69, a été examinée dans un certain nombre d'affaires et deux tendances jurisprudentielles divergentes ont émergé. La première tendance représentative est

*Dwyer*², (B.C.S.C.); *Ex parte Krachan*³, (Ont. H.C.); *Ex parte Spice*⁴, (Ont. H.C.); *R. v. Klepack* (B.C.S.C.) (unreported) and in the dissenting opinion of Freedman, C.J.M. in *R. v. Fraser* (unreported). These cases proceed generally on the footing that when an inmate is received into the penitentiary he has a real and immediate entitlement to the statutory remission, in the nature of a vested right, and Parliament should not be taken to have intended to divest him of that right except in clearest language. This view holds that the amending language is imprecise, that the entitlement can only be taken away by giving retrospective effect to s. 21(1) of the *Parole Act* and that the amendment is therefore not applicable to inmates who, at the time of the amendment, were entitled to statutory remission.

The other line of thought is reflected in cases such as *St-Laurent-Dubé c. Sa Majesté La Reine et J. P. Dugas* (C.A. Qué.) (unreported); in the majority decision of the Manitoba Court of appeal in *R. v. Fraser* (unreported); in the decision of the Federal Court of Appeal in *Zong v. The Commissioner of Penitentiaries*⁵, and in the decision of the Ontario Court of Appeal in the case at bar: The comprehensive and carefully reasoned judgment delivered by Mr. Justice Le Dain for the Court in *Zong* reflects such line of thought in the following passage (at p. 671):

It is obvious that section 21(1) is not operating retrospectively in so far as the forfeiture of parole is concerned, since the appellant was released on parole and committed the indictable offence giving rise to forfeiture after the section came into force. It is surely reasonable that when the appellant was released on parole he should be governed by the law respecting forfeiture of parole that was then in force. But the appellant argues that because the effect of that law would be to deprive him of a vested right to statutory remission he should be governed not by that law but by the earlier law respecting forfeiture that did not have the effect of causing an inmate to lose statutory remission. This would be to apply to the appellant a law respecting forfeiture of parole that was no longer in force when he was released

illustrée par les arrêts: *R. v. Dwyer*² (B.C.S.C.); *Ex parte Krachan*³ (Ont. H.C.); *Ex parte Spice*⁴ (Ont. H.C.); *R. v. Klepack* (B.C.S.C.) (non publié) et dans l'opinion dissidente du juge en chef Freedman du Manitoba dans *R. c. Fraser* (non publié). Ces décisions partent généralement du point de vue que lorsqu'un détenu est admis au pénitencier, il a un droit véritable et immédiat, un droit acquis, à la réduction statutaire de peine, et que le législateur ne l'aurait privé de ce droit qu'en utilisant les termes les plus clairs. Toujours selon ce point de vue, le libellé de la modification est imprécis, et le droit à la réduction de peine ne peut être supprimé que si l'on attribue un effet rétroactif à l'art. 21(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*; partant, la modification est inapplicable à des détenus qui, au moment où elle est entrée en vigueur, avaient droit à la réduction statutaire de peine.

La seconde tendance se trouve dans des arrêts comme *St-Laurent-Dubé c. Sa Majesté La Reine et J. P. Dugas* (C.A. Qué.) (non publié); dans l'arrêt rendu à la majorité par la Cour d'appel du Manitoba dans *R. c. Fraser* (non publié); dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Zong c. Le Commissaire des pénitenciers*⁵ et dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire en instance. La décision détaillée et soigneusement motivée du juge Le Dain dans l'affaire *Zong* illustre cette façon de voir dans le passage suivant (à la p. 671):

Il est évident que l'article 21(1) n'a pas d'effet rétroactif par rapport à la déchéance de la libération conditionnelle puisque c'est après l'entrée en vigueur de l'article que l'appelant a été mis en liberté conditionnelle et a commis l'acte criminel qui a donné lieu à la déchéance. Il est tout à fait raisonnable qu'au moment de la mise en liberté conditionnelle de l'appelant, sa situation ait été régie par la loi relative à la déchéance de la libération conditionnelle alors en vigueur. Mais selon l'allégation de l'appelant, vu que cette loi aurait pour effet de le priver d'un droit acquis à la réduction statutaire de peine, sa situation devrait être régie par la loi antérieure relative à la déchéance, qui ne faisait pas perdre au détenu son droit à la réduction statutaire de peine, et non par la loi actuelle. Ce serait appliquer à

² [1975] 4 W.W.R. 54.

³ [1975], 24 C.C.C. (2d) 114.

⁴ (1975), 23 C.C.C. (2d) 141.

⁵ [1976] 1 F.C. 657.

² [1975] 4 W.W.R. 54.

³ (1975), 24 C.C.C. (2d) 114.

⁴ (1975), 23 C.C.C. (2d) 141.

⁵ [1976] 1 C.F. 657.

on parole. It seems to me that this serves to emphasize that what is involved here is a provision of law that is directed to conduct that gives rise to a forfeiture of parole and not to the nature of the right to statutory remission to which the appellant became entitled at the time he was received into penitentiary following his conviction of rape. A statute is not retrospective in operation merely because it affects an existing right. As Buckley L.J. said in *West v. Gwynne*, [1911] 2 Ch. 1, at p. 12: "Most Acts of Parliament, in fact, do interfere with existing rights."

The issue here is the effect of the forfeiture provisions with respect to a person sentenced before their enactment but paroled after their enactment. The resolution of that issue involves statutory construction. *Marcotte*, which also entailed statutory construction, is not dispositive, for several reasons. The legislation under consideration in *Marcotte* is not the legislation which the Court is now called upon to consider. Prior to August 26, 1969, the *Parole Act* (s. 16(1)) provided that upon revocation of his parole, the inmate would be recommitted to serve "the portion of his original term of imprisonment that remained unexpired at the time his parole was granted." By the amendment of 1969 there was added, in s. 21(1), following the quoted words, the following—"including any period of remission, including earned remission, then standing to his credit." The ambiguity which the majority of the Court found in the former s. 16(1) in *Marcotte* is noticeably absent in the new legislation. The new language removes any doubt as to what is intended.

We are not dealing here with the crediting of statutory remission but rather the effect on such credit of forfeiture of parole after the statutory changes. Clearly, a person who is paroled after the changes came into effect is subject to the conditions which they attach to parole. Thus, if a parolee commits an indictable offence punishable by a term of imprisonment of two years, he forfeits parole. The effect of forfeiture, as set out in the statute (s. 21(1)) is loss of statutory remission;

l'appelant une loi relative à la déchéance de la libération conditionnelle qui n'était plus en vigueur au moment de sa mise en liberté conditionnelle. Ceci sert à faire ressortir, me semble-t-il, que nous sommes ici en présence d'un texte de loi visant à régir ce qui donne naissance à la déchéance de la libération conditionnelle et non à régir la nature du droit à la réduction statutaire de peine à laquelle l'appelant avait droit au moment de son entrée au pénitencier après sa condamnation pour viol. Une loi n'a pas d'application rétroactive simplement parce qu'elle porte atteinte à un droit existant. Comme l'a affirmé le lord juge Buckley dans l'arrêt *West v. Gwynne*, [1911] 2 Ch. 1, à la p. 12: [TRADUCTION] «La plupart des lois du Parlement, en fait, portent atteinte à des droits existants».

Le présent litige porte sur l'effet des dispositions concernant la déchéance à l'égard d'une personne condamnée avant leur promulgation, mais libérée sous condition après. La réponse à cette question nécessite une interprétation de la loi. L'affaire *Marcotte*, qui exigeait également une interprétation de la loi, n'est pas décisive pour plusieurs raisons. La législation en cause dans l'affaire *Marcotte* n'est pas celle que la Cour est maintenant appelée à examiner. Antérieurement au 26 août 1969, la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* (art. 16(1)) prévoyait qu'au moment de la révocation de sa libération conditionnelle, le détenu serait réincarcéré pour purger «la partie de sa période originaire d'emprisonnement qui n'était pas encore expirée au moment de l'octroi de cette libération». La modification de 1969 a ajouté à cette phrase l'expression suivante: «y compris toute période de réduction de peine inscrite à son crédit, notamment la réduction de peine méritée». L'ambiguïté que la majorité des membres de la Cour avait trouvée dans l'ancien art. 16(1), dans l'affaire *Marcotte*, a visiblement disparu de la nouvelle loi. Cette nouvelle formulation supprime tout doute quant à l'intention du législateur.

Nous ne traitons pas ici de l'inscription de la réduction statutaire de peine au crédit du détenu, mais plutôt de l'effet de la déchéance de la libération conditionnelle sur ce crédit, suite aux modifications de la Loi. Il est évident qu'une personne bénéficiant de libération conditionnelle après l'entrée en vigueur des modifications est assujettie aux conditions auxquelles ces modifications la subordonnent. Donc, si un libéré conditionnel commet un acte criminel punissable d'un emprisonnement

that is, the person must serve the time remaining in his original sentence that was unexpired when parole was granted. This loss of statutory remission does not change the nature of statutory remission credited prior to August 1969 and make it a "deferred credit." Rather, the statute provides, in effect, a penalty on forfeiture of parole in the loss of statutory remission previously credited.

As noted in *Marcotte*, the entitlement to statutory remission, though real and immediate, was by the terms of s. 22(1) of the *Penitentiary Act* subject to good conduct and therefore it is overstating the case to refer to it as a vested right. It was always subject to divestment for bad conduct. At the time of *Marcotte*, there were two ways by which an inmate might forfeit statutory remission: a disciplinary offence or an escape. By the time the applicant sought and was granted parole, Parliament had added a third means: commission of an indictable offence while on parole.

The position of the applicant relative to forfeiture of statutory remission must be determined by construing the pertinent legislation at the time of forfeiture of the parole. This was stated in *Marcotte* at p. 110:

The issue is whether a paroled inmate whose parole was revoked on August 29, 1968, thereby lost his entitlement to statutory remission standing to his credit at the time of his release on parole. The resolution of the issue depends on the proper construction, as of that date, (the legislation having since been amended), of s. 22(1) (3) (4), s. 24 and s. 25 of the *Penitentiary Act*, 1960-61 (Can.), c. 53 ... [emphasis added].

My brother Pigeon said at p. 115:

I agree with Dickson J.'s conclusion on his view that under the law in force when appellant's parole was

de deux ans, il perd sa libération conditionnelle. L'effet de la déchéance, aux termes de la Loi (art. 21(1)), est la perte de la réduction statutaire de peine; en somme, il doit purger la partie de sa condamnation originaire qui n'était pas encore expirée au moment de l'octroi de la libération conditionnelle. Cette perte de la réduction statutaire de peine ne change pas la nature de celle créditée antérieurement à août 1969 ni ne la transforme en un «crédit différé». Mais, en cas de déchéance de libération conditionnelle, la Loi prescrit en fait, à titre de sanction, la perte de la réduction de peine antérieurement créditée.

Comme l'indique l'affaire *Marcotte*, le droit à la réduction statutaire de peine, quoique constituant un droit véritable et immédiat, était, aux termes de l'art. 22(1) de la *Loi sur les pénitenciers*, subordonné à la bonne conduite. Il serait donc exagéré que de parler de droit acquis. Ce droit pouvait toujours être retiré pour mauvaise conduite. A l'époque de l'affaire *Marcotte*, un détenu pouvait encourir la déchéance de son droit à la réduction statutaire de peine pour deux motifs: une infraction à la discipline ou une évasion. Au moment où le requérant demanda la libération conditionnelle et l'obtint, le législateur en avait ajouté un troisième: la perpétration d'un acte criminel pendant la libération conditionnelle.

C'est en interprétant la législation en vigueur au moment de la révocation de la libération conditionnelle qu'on doit déterminer la situation du requérant au regard de la déchéance de la réduction statutaire de peine. Comme le déclare l'arrêt *Marcotte*, à la p. 110:

La question en litige est de savoir si un libéré conditionnel dont la libération a été révoquée le 29 août 1968, a ainsi perdu son droit à la réduction statutaire de peine inscrite à son crédit au moment de sa mise en liberté conditionnelle. La solution du litige dépend de la juste interprétation des par. (1), (3) et (4) de l'art. 22, de l'art. 24 et de l'art. 25 de la *Loi sur les pénitenciers*, 1960-61, (Can.) c. 53, tels qu'ils existaient alors (la loi ayant été depuis modifiée) [C'est moi qui souligne].

Mon collègue le juge Pigeon dit à la p. 115:

Je souscris à la conclusion du juge Dickson en adoptant son avis que, suivant le droit en vigueur lorsque la

revoked this did not involve forfeiture of statutory remission standing to his credit.

Although the question now before the Court was not that which was faced in *Howarth v. National Parole Board*⁶, it might be noted that in *Howarth* my brother Beetz said at p. 475:

It may be unfortunate that, under s. 20(1) of the *Parole Act*, statutory remission for time served on parole by an inmate and earned remission standing to an inmate's credit at the time of his release on parole be lost automatically upon revocation, particularly since parole may be suspended and, presumably, revoked for reasons which are not necessarily connected with a breach of the terms or conditions of the parole.

and I said at p. 468:

The gravity of the impact of revocation upon the rights of a parolee requires no emphasis. Upon revocation he is reincarcerated. He loses the statutory remission standing to his credit at the time of his release on parole (210 days in the case of Mr. Howarth) and he gets no credit for time served while on parole (779 days in the case of Mr. Howarth).

Howarth had been sentenced on February 25, 1969, and paroled on May 6, 1971. The parole was revoked on September 11, 1973. Like the applicant, Howarth was sentenced before the 1968-69 amendment and his parole was revoked after the amendment.

If the language of a statute creates real uncertainty, I think the person against whom it is being enforced is entitled to the benefit of doubt, but in the present case I do not think the language is fairly capable of two constructions. As to entitlement, the applicant received all that *Marcotte* accorded him. He was credited with the statutory remission, subject to good conduct, which s. 22(1) of the *Penitentiary Act* assured him; if his conduct

⁶ [1976] 1 S.C.R. 453.

libération conditionnelle de l'appelant a été révoquée, la révocation n'a pas entraîné la déchéance de la réduction statutaire de peine inscrite à son crédit.

Bien que la question soumise à cette Cour diffère de celle soulevée dans l'affaire *Howarth c. La Commission nationale des libérations conditionnelles*⁶, il convient de citer mon collègue le juge Beetz dans cette affaire (à la p. 475):

Il est peut-être malheureux qu'en vertu du par. (1) de l'art. 20 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, la réduction statutaire de peine pour la période purgée lorsque le détenu était en libération conditionnelle et la réduction méritée inscrite à son crédit au moment de sa mise en liberté sous libération conditionnelle soient perdues automatiquement lors de la révocation de la libération, surtout si l'on tient compte du fait que la libération peut être suspendue et, présument, révoquée pour des motifs qui ne sont pas nécessairement reliés à la violation des modalités de la libération conditionnelle.

et j'ai dit à la p. 468:

Il n'est pas nécessaire d'insister sur la gravité des effets d'une révocation sur les droits du libéré conditionnel. La révocation signifie qu'il est de nouveau incarcéré. Il perd la réduction statutaire inscrite à son crédit au moment de sa libération conditionnelle (210 jours dans le cas de M. Howarth) et il ne peut profiter d'une réduction de peine pour la période de sa sentence qu'il a purgée en liberté conditionnelle (779 jours dans le cas de M. Howarth).

Howarth avait été condamné le 25 février 1969 et mis en liberté conditionnelle le 6 mai 1971. La libération conditionnelle fut révoquée le 11 septembre 1973. Comme le requérant, Howarth a été condamné avant la modification de 1968-69 et sa libération conditionnelle a été révoquée après la modification.

Si le libellé d'une loi crée une incertitude réelle, je crois que la personne contre laquelle elle est invoquée a droit au bénéfice du doute. Je ne crois cependant pas qu'en l'espèce, la disposition en question puisse faire l'objet de deux interprétations. Pour ce qui est de son droit, le requérant a reçu tout ce que l'arrêt *Marcotte* permettait de lui accorder. La réduction statutaire de peine a été inscrite à son crédit, sous réserve de bonne con-

⁶ [1976] 1 R.C.S. 453.

thereafter had been good he would never have been required to serve any part of the period of remission. When he went on parole, one of the statutory conditions then applicable exposed him to loss of the remission upon commission of serious crime and, unfortunately, he committed a serious crime.

It is, I think, not unimportant to recall that when mandatory supervision was introduced as part of the 1968-69 amendments, Parliament drew a clear line between persons sentenced to imprisonment in or transferred to any class of penitentiary on or after the first day of August, 1970, who were made subject to mandatory supervision, and those who were sentenced prior to that date, who were exempted (see *Criminal Law Amendment Act, 1968-69* (Can.), c. 38, s. 101(2) and proclamation thereunder, SOR/70-339). The amendment respecting loss of remission on forfeiture of parole was not accompanied by any such distinction and took effect with respect to all persons paroled on or after August 26, 1969 (R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 31, s. 2(2)).

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Rauенbusch, Torkin & Manes, Toronto.

Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Ottawa.

duite, comme le lui assurait l'art. 22(1) de la *Loi sur les pénitenciers*. Si, par la suite, sa conduite avait été bonne, il n'aurait jamais été tenu de purger quelque partie que ce soit de la période de réduction de peine. Quand il a été mis en liberté conditionnelle, les dispositions législatives alors en vigueur prévoyaient la perte de la réduction de peine s'il commettait une infraction grave et, malheureusement, il en a commis une.

A mon sens, il n'est pas sans importance de rappeler que lorsque la surveillance obligatoire a été introduite dans les modifications de 1968-69, le législateur a clairement établi une différence entre les personnes condamnées à l'emprisonnement dans une classe quelconque de pénitenciers ou devant y être transférées le 1^{er} août 1970 ou après cette date, lesquelles étaient assujetties à la surveillance obligatoire, et celles qui étaient condamnées avant cette date, qui ont été exemptées (voir *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal, 1968-69* (Can.), c. 38, art. 101(2) et l'ordonnance établie en vertu de cette loi DORS/70-339). La modification concernant la perte de réduction de peine pour cause de déchéance de libération conditionnelle n'était pas accompagnée d'une telle distinction et s'appliquait à toutes les personnes auxquelles la liberté conditionnelle a été accordée à partir du 26 août 1969 (S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), c. 31, art. 2(2)).

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Rauенbusch, Torkin & Manes, Toronto.

Procureur de l'intimé: D. S. Thorson, Ottawa.

William Adrien Trudeau (Defendant)
Appellant;

and

Edward Grant Cochrane (Plaintiff)
Respondent;

and

Casualty Adjustment Company Ltd.
Mise en cause.

1975: March 7; 1976: January 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Contracts — Stipulation not to compete — Penal clause — Interpretation of the contract inferred from behaviour of the parties — Testimony — Civil Code, art. 1234.

In 1960 appellant Trudeau and respondent Cochrane, both claims adjusters, were shareholders of the third party, Casualty Adjustment Company Ltd., the head office of which was in Montreal. On December 19, 1960 Cochrane sold Trudeau his entire interest in the third party for the sum of \$11,300, \$3,000 of which was in cash, \$3,000 payable one year from the date of the agreement and \$5,300 payable in the amount of \$100 per month. The agreement stipulated that Cochrane undertook not to act as a claims adjuster for a period of ten years within a certain radius of Montreal. This stipulation was accompanied by a penal clause under which, if Cochrane violated the agreement, he undertook to pay Trudeau the sum of \$25,000 and forfeited the moneys still due to him. Trudeau made the initial payment of \$3,000 and eleven payments of \$100, but he stopped all payments in November 1961 although a balance of \$7,200 remained unpaid. On January 10, 1964 Cochrane brought an action in the Superior Court to claim payment of this sum. Trudeau relied on the penal clause to move both that the action be dismissed and, by a cross-demand, that Cochrane pay him the sum of \$25,000. To support his claim, Trudeau referred to some fifteen incidents in which Cochrane allegedly acted as a claims adjuster, contrary to the prohibition stipulated in the agreement. The Superior Court allowed Cochrane's action and dismissed Trudeau's cross-demand. The Court of Appeal unanimously upheld this decision. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

William Adrien Trudeau (Défendeur)
Appelant;

et

Edward Grant Cochrane (Demandeur)
Intimé;

et

Casualty Adjustment Company Ltd.
Mise en cause.

1975: le 7 mars; 1976: le 30 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Contrats — Stipulation de non-concurrence — Clause pénale — Interprétation du contrat s'inférant de la conduite des parties — Preuve testimoniale — Code civil, art. 1234.

Trudeau, l'appelant, et Cochrane, l'intimé, tous deux agents de réclamations, étaient en 1960 actionnaires de la mise en cause, Casualty Adjustment Company Ltd. dont le siège social était à Montréal. Le 19 décembre 1960, Cochrane a vendu à Trudeau tous ses intérêts dans la mise en cause pour le prix de \$11,300 dont \$3,000 comptant, \$3,000 payables un an après la date du contrat et \$5,300 payables à raison de \$100 par mois. La convention stipulait que Cochrane s'interdisait d'agir comme agent de réclamations pendant une période de 10 ans dans un territoire déterminé autour de Montréal. Cette stipulation était assortie d'une clause pénale en vertu de laquelle Cochrane, en cas de violation de l'accord, s'engageait à verser à Trudeau la somme de \$25,000 et perdait le droit de réclamer les sommes qui pouvaient lui être encore dues. Trudeau a fait le versement initial de \$3,000 ainsi que 11 versements de \$100 mais il a cessé tout paiement en novembre 1961 alors qu'il restait un solde de \$7,200. Le 10 janvier 1964 Cochrane a intenté une action en Cour supérieure pour réclamer le paiement de cette somme. Trudeau s'est fondé sur la clause pénale pour demander et le rejet de l'action et, par demande reconventionnelle, le paiement de la somme de \$25,000. Pour étayer sa prétention, Trudeau se réfère à une quinzaine d'incidents où Cochrane aurait agi comme agent de réclamations contrairement à l'interdiction stipulée à la convention. La Cour supérieure a accueilli la demande de Cochrane et rejeté la demande reconventionnelle de Trudeau. La Cour d'appel a confirmé par un arrêt unanime cette décision. D'où le pourvoi devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

This Court is left to decide whether the penal clause should be implemented because Cochrane allegedly breached the stipulation not to compete in some fifteen incidents which occurred after the date of the December 19, 1960 contract, and until March 23, 1962. The Superior Court judge studied the facts in detail and came to the conclusion that, despite the contract, the parties continued to co-operate with each other because it was in their common interest to do so and not to consider themselves as strict competitors; the breaches imputed to Cochrane were apparently not taken seriously by Trudeau, who reproached the former for them but tolerated or allowed them. The trial court considered that the parties gave to the contract, by their conduct and actions, a certain interpretation which it would be improper for it to change. After reviewing the evidence, the Court of Appeal concluded that it was not able to say that there was a manifest error on the part of the trial judge. Moreover, of all the incidents described, only two would be capable of being viewed as breaches of the stipulation not to compete. In particular, one must ask whether Trudeau himself, from the moment he became aware of these incidents, regarded them as breaches warranting application of the penal clause. In view of the lack of detail provided by Trudeau and the compromises he agreed to when he saw an advantage in doing so, it is not unreasonable to infer that for the period in which these incidents occurred he refrained from availing himself of the penal clause. In the circumstances, that becomes a question of fact and of appreciation of the facts, and it cannot be said that the concurrent conclusions of the Superior Court and the Court of Appeal are in error in this respect. There is also a problem of credibility here and the trial judge, who saw and heard the parties and the witnesses, clearly preferred Cochrane's version.

The Court is no more able to accept Trudeau's claim that the Superior Court and the Court of Appeal contravened art. 1234 C.C. in allowing the contradiction of a written instrument by testimony, since this was only done to establish the existence of a tacit understanding subsequent to the written agreement and which could be inferred from the behaviour of the parties.

APPEAL against a decision of the Court of Appeal of Quebec affirming a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

I. L. Adessky, Q.C., for the appellant.

Bernard Dorais, Q.C., and *Lise Desjardins*, for the respondent.

Cette Cour n'a qu'à décider si l'on doit donner effet à la clause pénale parce que Cochrane aurait violé la stipulation de non-concurrence à l'occasion d'une quinzaine d'incidents qui se sont produits après la date du contrat, le 19 décembre 1960, jusqu'au 23 mars 1962. Le juge de la Cour supérieure a fait une étude particulière des faits et en est venu à la conclusion que, malgré le contrat, les parties ont continué de collaborer une avec l'autre parce qu'il était dans leur intérêt commun de le faire et de ne pas se considérer comme des concurrents irréductibles; les infractions reprochées à Cochrane n'auraient pas été prises au sérieux par Trudeau qui les aurait reprochées mais tolérées ou entérinées. Selon le tribunal de première instance, les parties ont, par leur conduite et leurs actes, donné au contrat une certaine interprétation que le tribunal serait mal venu de changer. La Cour d'appel, pour sa part, après avoir fait la revue de la preuve, a conclu qu'elle ne pouvait dire qu'il y a eu erreur manifeste de la part du juge de première instance. D'ailleurs, parmi tous les incidents décrits, deux seulement seraient susceptibles d'être considérés comme des contraventions à la stipulation de non-concurrence. Dans ce contexte, il faut surtout se demander si Trudeau lui-même, à partir du moment où il en a eu connaissance, les a considérés comme des contraventions méritant l'application de la clause pénale. Devant le manque de précisions fournies par Trudeau et compte tenu des accommodements consentis par ce dernier quand il y voyait un avantage, il n'est pas déraisonnable d'en inférer qu'il a renoncé pour la période où ces incidents se sont produits à se prévaloir de la cause pénale. Dans les circonstances, cela devient une question de faits et d'appréciation des faits et il est impossible de dire que les conclusions concordantes de la Cour supérieure et de la Cour d'appel sont erronées à cet égard. S'ajoute aussi un problème de crédibilité et le juge au procès, qui a vu et entendu les parties et les témoins, préfère clairement la version de Cochrane.

On ne peut non plus retenir la prétention de Trudeau que la Cour supérieure et la Cour d'appel ont contrevenu à l'art. 1234 C.c. en permettant que l'on contredise un écrit par une preuve testimoniale, puisqu'il s'agissait seulement d'établir une entente tacite subséquente au contrat écrit et s'inférant du comportement des parties.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

I. L. Adessky, c.r., pour l'appelant.

Bernard Dorais, c.r., et *Lise Desjardins*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.—In 1960 appellant and respondent, both claims adjusters, were shareholders and employees of the third party, Casualty Adjustment Company Ltd., the head office of which is in Montreal. Respondent was its president and majority shareholder. Appellant was its vice-president.

By private writing concluded on December 19, 1960 (Exhibit P-1), respondent sold to appellant his entire interest in the third party, for the sum of \$11,300: \$3,000 in cash; \$3,000 payable one year from the date of the agreement with a promissory note negotiable eleven and a half months from its date; and the balance by appellant's undertaking to pay, on behalf of respondent, in the amount of \$100 per month, a hypothecary obligation of \$5,300.

Respondent for his part undertook not to act as a claims adjuster for a period of ten years within a certain radius of Montreal:

6. THAT the First Party covenants and agrees that he shall not during the following ten (10) years from the date of the signing of these presents, either directly or indirectly, in his own name or in the name of a prête-nom, enter into or be interested in any business competing with that carried on by the said Corporation, nor adjust, deal in or handle any claim of any nature whatsoever originating in or occurring within a twenty (20) mile radius of the geographical limits of the Island of Montreal including the City of Montreal and any other municipalities, townships, cities, towns or suburbs situated on and composing the said Island; however, the First Party shall have the right to adjust, deal in or handle any claim of any nature whatsoever originating North of the Southern limits of the Municipality of Rosemere; and within a twenty (20) mile radius of the geographical limits of the City of Sherbrooke, in the Province of Quebec, as owner, Shareholder, employer or manager and that he shall not as employee or in any other capacity solicit adjusting business in those areas during that period for any person, firm or corporation whatsoever. However, the First Party shall have the right to be employed as a staff Insurance Adjuster by an established insurance company, insurance brokers, agents or company manager such as Chubb & Son Ltd.,

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—L'appellant et l'intimé, tous deux agents de réclamations, étaient en 1960 actionnaires et employés de la mise en cause, Casualty Adjustment Company Ltd., dont le siège social est à Montréal. L'intimé en était le président. Il détenait la majorité des actions. L'appellant en était le vice-président.

Par convention sous seing privé conclue le 19 décembre 1960, (P-1), l'intimé vend à l'appellant tous ses intérêts dans la mise en cause, pour le prix de \$11,300: \$3,000 comptant; \$3,000 payables un an après la date du contrat avec un billet qui ne peut être négocié avant onze mois et demi de sa date; le solde par engagement de l'appellant de payer, à l'acquit de l'intimé, à raison de \$100 par mois, une obligation hypothécaire de \$5,300.

L'intimé, lui, s'interdit d'agir comme agent de réclamations pendant une période de dix ans dans un certain territoire autour de Montréal:

[TRADUCTION] 6. QUE la partie de première part s'interdit, pour la période de dix (10) ans de la date de la signature des présentes, soit directement soit indirectement, en son propre nom ou par l'intermédiaire d'un prête-nom, de faire partie d'une entreprise, ou d'y avoir un intérêt, se trouvant en concurrence avec celle de ladite corporation, et de s'occuper des réclamations de tout genre ayant leur origine ou étant survenues dans un rayon de vingt (20) milles des limites géographiques de l'île de Montréal, y compris la Ville de Montréal et tous autres municipalités, cantons, cités, villes ou faubourgs situés dans ladite île ou en faisant partie; toutefois, la partie de première part a le droit de s'occuper des réclamations de tout genre ayant leur origine au nord de la limite sud de la municipalité de Rosemere et dans un rayon de vingt (20) milles des limites géographiques de la Cité de Sherbrooke, dans la province de Québec, à titre de propriétaire, d'actionnaire, d'employeur ou de directeur; la partie de première part s'engage en outre à ne pas faire de sollicitation en matière de règlement de réclamations, à titre d'employé ou en toute autre qualité, dans ces territoires durant cette période, pour une personne morale ou physique. Cependant, des institutions établies telles que des compagnies d'assurance, des courtiers d'assurance, des agents d'assurance ou le directeur

Massé Renwick Ltd., in the above areas, but it is clearly understood that he shall not have the right to be employed in any capacity whatsoever for or with business competing with that carried on by the said Corporation. Furthermore, anything herein to the contrary notwithstanding, the First Party shall have the right to act as a public adjuster which shall mean and include anyone who for remuneration adjusts a loss, or claim exclusively on behalf of a claimant (other than insurance company or companies, insurance broker or brokers, or underwriters of Lloyd's of London) whether such loss or claim is or is not covered by an insurance policy.

The obligations of the seller were accompanied by a penal clause:

12. THAT in the event that the First Party contravenes or violates any term or terms or undertaking or undertakings contained in this Agreement, then he must pay forthwith to the Second Party as a penalty the sum of Twenty-five Thousand Dollars (\$25,000.00) as liquidated damages, stipulated in advance, as well as immediate forfeiture of all the monies still due and owing by the Second Party to the First Party in accordance with paragraphs 3(a), (b) and (e) of this Agreement.

Appellant made the initial payment of \$3,000 and eleven payments of \$100 on the hypothecary obligation, but he stopped all payments in November 1961. By his action, respondent claimed the balance of the sale price, namely \$7,200, and in addition the amounts of \$338.15 for services rendered to the third party and \$6 to obtain a release of the hypothecary obligation. In his defence, appellant argued that respondent breached the contract in agreeing to handle cases of accidents that occurred in the prohibited area; he invoked para. 12 of the agreement, moved that the action be dismissed and, by a cross-demand based on the same paragraph, claimed \$25,000 from respondent. The Superior Court allowed the action with the exception of the amounts of \$338.15 and \$6, and dismissed the cross-demand. The Court of Appeal unanimously upheld the decision. Hence the present appeal.

Neither the validity of the above-mentioned paras. 6 and 12 of the agreement (Exhibit P-1), nor the amounts of \$7,200 and \$25,000, are at

d'une compagnie d'assurance, comme par exemple Chubb & Son Ltd. ou Massé Renwick Ltd., pourront offrir à la partie de première part de devenir leur employé travaillant dans les territoires ci-dessus, mais il est bien entendu que la partie de première part ne pourra être employée en quelque qualité que ce soit par une entreprise ou pour son compte si celle-ci fait concurrence à celle exploitée par ladite corporation. En outre, nonobstant toute disposition des présentes à l'effet contraire, la partie de première part a le droit d'agir à titre d'agent de réclamations, à titre onéreux, exclusivement pour le compte d'un réclamant (autre qu'une compagnie d'assurance, un courtier d'assurance ou un assureur de Lloyd's of London), que la perte ou la réclamation soit ou non couverte par une police d'assurance.

Les obligations du vendeur sont assorties d'une clause pénale:

[TRADUCTION] 12. QUE, si la partie de première part enfreint ou viole une disposition ou une stipulation du présent accord, elle est tenue de verser immédiatement à la partie de seconde part, à titre de pénalité, la somme de vingt-cinq mille dollars (\$25,000) en guise de dommages-intérêts, et perd le bénéfice du terme relatif à toutes les sommes encore dues par la partie de seconde part à la partie de première part conformément aux paragraphes 3a), b) et e) du présent accord.

L'appelant fait le versement initial de \$3,000 de même que onze versements de \$100 sur l'obligation hypothécaire mais il cesse tout paiement en novembre 1961. Par son action, l'intimé lui réclame le solde du prix de vente soit \$7,200 et en plus les sommes de \$338.15 pour services rendus à la mise en cause et de \$6 pour frais de quittance sur l'obligation hypothécaire. L'appelant plaide en défense que l'intimé a violé la convention en acceptant des cas d'accident provenant de la zone interdite; il invoque l'art. 12 de la convention pour conclure au rejet de l'action et, par demande reconventionnelle fondée sur le même article, il réclame \$25,000 de l'intimé. La Cour supérieure maintient l'action sauf pour les sommes de \$338.15 et de \$6, et elle rejette la demande reconventionnelle. La Cour d'appel confirme par un arrêt unanime à l'encontre duquel l'appelant se pourvoit.

Ni la validité des art. 6 et 12, précités, de la convention P-1; ni les montants de \$7,200 et de \$25,000 ne sont contestés. Il s'agit donc unique-

issue. The Court is therefore left to decide whether the penal clause should be implemented.

In substance the Superior Court found that, despite the contract, the parties continued to cooperate with each other for a year because it was in their common interest to do so and not to consider themselves as strict competitors; the breaches imputed to respondent were apparently not taken seriously by appellant, who reproached the former for them but tolerated or allowed them until the promissory note he had signed became negotiable:

[TRANSLATION] The parties for almost a year gave to the contract, by their conduct and actions, a certain interpretation, in this case a broad interpretation involving some compromise. In the light of this attitude, it would be improper for the Court to change this interpretation, to give the contract a different interpretation, namely one that was stricter and more strigent than that of the parties themselves.

After reviewing the evidence, the Court of Appeal was not able [TRANSLATION] "to say that there was a manifest error on the part of the trial judge".

In his judgment, the latter studied the facts in great detail, following the order in which they had been presented to him, which was not the chronological order. I shall briefly review these facts and try to present them chronologically, although the record is extremely confused. However, it should first be noted that respondent was the majority shareholder of another business that also adjusted insurance claims, Casualty Adjustment (Laurentian) Ltd., ("Laurentian") in which appellant held no interest. This business undertaking was managed by the employee Hébert, who became the majority shareholder in October 1962. The head office of Laurentian was in Saint-Jérôme, but in April 1961 respondent opened a branch office in Rosemere, outside the prohibited area. It was primarily through this channel and the third party that business relations between the parties continued after the December 19, 1960 contract was signed (Exhibit P-1). What appellant complains of is that respondent acted directly as the agent of insurance companies when accidents involving a claim occurred in the prohibited area. However,

ment de décider si l'on doit donner effet à la clause pénale.

La Cour supérieure juge en substance que, malgré le contrat, les parties ont continué de collaborer l'une avec l'autre pendant un an parce qu'il était dans leur intérêt commun de le faire et de ne pas se considérer comme des compétiteurs irréductibles; les infractions reprochées à l'intimé n'auraient pas été prises au sérieux par l'appelant qui les aurait reprochées mais tolérées ou entérinées jusqu'au moment où le billet qu'il avait souscrit allait devenir négociable:

Les parties, durant pratiquement une année, ont donné au contrat, par leur conduite et leurs actes, une certaine interprétation, en l'occurrence une interprétation large et faite de compromis. Vu cette attitude, le Tribunal serait mal venu de changer cette interprétation, de donner à ce contrat une interprétation autre, c'est-à-dire plus sévère et plus rigoureuse que celle donnée par les parties elles-mêmes.

La revue de la preuve ne permet pas à la Cour d'appel «de dire qu'il y a eu erreur manifeste de la part du juge de première instance».

Dans son jugement, ce dernier procède à une étude fort particularisée des faits, suivant l'ordre dans lequel ils lui ont été présentés qui n'est pas l'ordre chronologique. Je reprends sommairement ces faits en tentant de suivre plutôt la chronologie dans un dossier par ailleurs fort désordonné. Mais il importe de noter auparavant que l'intimé était actionnaire majoritaire d'une autre entreprise évaluant également les réclamations d'assurance, la Casualty Adjustment (Laurentian) Ltd., («Laurentian») dans laquelle l'appelant n'avait aucun intérêt. Cette entreprise était gérée par l'employé Hébert qui en devient l'actionnaire majoritaire en octobre 1962. Le siège social de la Laurentian se trouve à Saint-Jérôme mais, en avril 1961, l'intimé ouvre une succursale à Rosemere, hors de la zone interdite. C'est principalement par le truchement de cette entreprise et de la mise en cause que les relations d'affaires continuent entre les parties après la signature du contrat du 19 décembre 1960 (P-1). Ce que l'appelant reproche maintenant à l'intimé, c'est d'avoir agi directement comme agent d'une compagnie d'assurance lorsqu'un accident

apart from the fact that interpretation of the prohibition and the exact demarcation of the prohibited area did cause some difficulty, the parties co-operated several times with each other for purposes of investigation, wherever an accident occurred taking into account the place of residence of witnesses or other similar circumstances.

The evidence reproduced in the printed case refers to some fifteen incidents that occurred after the December 19, 1960 contract (Exhibit P-1).

1. On January 1, 1961, the Guardian Insurance Company referred to Laurentian the case of an accident that occurred in the Town of Mount Royal in the prohibited area on December 28, 1960 (Exhibit P-4, Vol. II).

Respondent himself did not act. It was Hébert, the employee of Laurentian, who acted. Either for the sake of economy, or else through inadvertence the stationery of the third party was used. Respondent apparently believed that this was not an act of prohibited competition because Guardian was not a regular customer of the third party. (Case Vol. I, at pp. 47, 48, 66, 68 and 111, Vol. II, at pp. 145 and 146, and Vol. IV, at p. 599).

2. On January 5, 1961, Hébert, an employee of Laurentian, received a file regarding an accident that occurred in Montreal, in the prohibited area, on December 26, 1960, and obtained a statement from the insured. (Exhibit P-14, Vol. III).

The evidence shows, however, that Hébert acted at the request of an employee of the third party to whom his account was sent. (Case Vol. I, at pp. 118 and 119 and Vol. III, at pp. 430 *et seq.*)

3. On February 8, 1961, Mercantile referred to Laurentian the case of an accident that occurred in Montreal, in the prohibited area, on February 6, 1961. (Exhibit P-17, Vol. IV).

Hébert, who was dealing directly with the insurance company, contacted Dubuc, an employee of the third party, to ask him to meet the persons involved in the accident living in Montreal and Verdun and send him a report, which the latter did. The third party allegedly sent its account, which was set off against others. (Case Vol. I, at p. 121). This testimony, which is corroborated by documents (Exhibit P-17, Vol. IV, at pp. 514 to

donnant lieu à une réclamation s'était produit dans la région interdite. Mais outre que l'interprétation de la prohibition et la délimitation exacte de la zone prohibée aient donné lieu à des difficultés, les parties ont collaboré nombre de fois entre elles pour fins d'enquête, où qu'un accident se soit produit, compte tenu du lieu de résidence des témoins ou d'autres circonstances semblables.

La preuve reproduite au dossier imprimé sur appel réfère à une quinzaine d'incidents qui se sont produits après le contrat du 19 décembre 1960. (P-1).

1. Le 1^{er} janvier 1961, la Cie d'assurance Guardian réfère à la Laurentian un cas d'accident survenu à Ville Mont-Royal, dans la zone interdite, le 28 décembre 1960. (P-4, Vol. II).

L'intimé n'agit pas lui même. C'est Hébert, employé de la Laurentian qui agit. La papeterie de la mise en cause est utilisée peut-être par économie ou par inadvertance. L'intimé paraît croire qu'il ne s'agit pas là de concurrence interdite parce que la Guardian n'était pas une cliente habituelle de la mise en cause. (Dossier Vol. I, aux pp. 47, 48, 66, 68, 111, Vol. II, aux pp. 145, 146, Vol. IV, à la p. 599).

2. Le 5 janvier 1961, Hébert, employé de la Laurentian, reçoit un dossier relatif à un accident survenu à Montréal, en zone interdite, le 26 décembre 1960, et obtient une déclaration de l'assuré. (P-14, Vol. III).

La preuve révèle cependant que Hébert a agi à la demande d'un employé de la mise en cause à qui il a envoyé son compte. (Dossier Vol. I, aux pp. 118, 119 et Vol. III, aux pp. 430 et ss).

3. Le 8 février 1961, la Cie Mercantile réfère à la Laurentian un cas d'accident survenu à Montréal, en zone interdite, le 6 février 1961. (P-17, Vol. IV).

Hébert, qui transigeait directement avec la Compagnie d'assurance, aurait communiqué avec Dubuc, un employé de la mise en cause, pour lui demander de rencontrer des victimes de Montréal et de Verdun et de lui faire rapport, ce que ce dernier aurait fait. La mise en cause aurait envoyé son compte qui aurait été compensé avec d'autres. (Dossier Vol. I, à la p. 121). Ce témoignage, corroboré par des documents, (P-17, Vol. IV, aux

517) contradicts appellant's statement that he absolutely refused to act as respondent's correspondent for cases involving claims arising in the prohibited area. (Case Vol. I, at p. 114). It is true that appellant did not act personally, any more, incidentally, than did respondent in the first case *supra*.

4. On March 1, 1961, Guardian referred to Laurentian the case of an accident that occurred in Montreal, in the prohibited area, in June 1960. (Exhibit P-12, Vol. III).

This case developed like the third case, thereby constituting a precedent prejudicial to the position of appellant, who appeared to attach no importance to it because, although Guardian referred the case to Laurentian after the contract of December 19, 1960, the accident itself occurred earlier. (Case Vol. I, at pp. 36 and 115 to 117, Vol. III, at pp. 378 and 382 *et seq.*).

5. On March 9, 1961, an employee of the third party referred to Hébert of Laurentian a case that occurred at Bois des Filions, Terrebonne County on November 5, 1960. (Case Vol. I, at p. 118 and Vol. III, at p. 402, Exhibit P-13).

Laurentian reported to the third party. At p. 409, Vol. III, a letter sent to Hébert of Laurentian by an agent of the third party attests to the co-operation between the two offices.

6. On April 11, 1961, Hartford referred to Laurentian the case of an accident that occurred on March 23, 1961 at Saint-Martin, in the prohibited area. (Exhibit P-7, Vol. III).

Respondent telephoned appellant, who expressed the fear, apparently for the first time, that this case constituted a precedent. Respondent withdrew and took no further part in the case. He claimed no fees. (Case Vol. I, at p. 53 and Vol. III, at pp. 321, 322).

7. On April 18, 1961, an agent of Mont-Rolland referred to Laurentian the case of an accident that occurred in Montreal, in the prohibited area, on April 16, 1961. (Exhibit P-15, Vol. IV).

Hébert, an employee of Laurentian, contacted appellant who agreed to Laurentian's acting as his correspondent. A substantial part of the work was

pp. 514 à 517) contredit la déclaration de l'appellant selon laquelle il aurait absolument refusé d'agir comme correspondant de l'intimé pour des cas de réclamations ayant pris naissance dans la zone interdite. (Dossier Vol. I, à la p. 114). Il est vrai que l'appellant n'a pas agi personnellement, pas plus, d'ailleurs, que l'intimé dans le cas 1, *supra*.

4. Le 1^{er} mars 1961, la Cie Guardian réfère à la Laurentian un cas d'accident survenu à Montréal, en zone interdite, en juin 1960. (P-12, Vol. III).

Les choses se passent comme dans le cas 3 et constituent aussi un précédent défavorable à la position de l'appellant qui ne paraît pas y attacher d'importance parce que, si la Guardian a confié l'affaire à la Laurentian après le contrat du 19 décembre 1960, l'accident, lui, s'est produit avant. (Dossier Vol. I, aux pp. 36 et 115 à 117, Vol. III, aux pp. 378 et 382 *et ss.*)

5. Le 9 mars 1961, un employé de la mise en cause réfère à Hébert, de la Laurentian, une affaire survenue à Bois des Filions, Comté de Terrebonne, le 5 novembre 1960. (Dossier Vol. I, à la p. 118 et Vol. III, à la p. 402, P-13).

La Laurentian fait rapport à la mise en cause. A la p. 409, Vol. III, une lettre expédiée à Hébert, de la Laurentian, par un préposé de la mise en cause, témoigne de la collaboration entre les deux bureaux.

6. Le 11 avril 1961, la Cie Hartford réfère à la Laurentian un cas d'accident survenu le 23 mars 1961 à Saint-Martin, en zone interdite. (P-7, Vol. III).

L'intimé communique avec l'appellant par téléphone. Celui-ci exprime la crainte, apparemment pour la première fois, que ce cas constitue un précédent. L'intimé se désiste et ne fait rien d'autre dans cette affaire. Il ne réclame aucun honoraire. (Dossier Vol. I, à la p. 53 et Vol. III, aux pp. 321, 322).

7. Le 18 avril 1961, un agent de Mont-Rolland réfère à la Laurentian un cas d'accident survenu à Montréal, en zone interdite, le 16 avril 1961. (P-15, Vol. IV).

Hébert, l'employé de la Laurentian, communique avec l'appellant qui accepte que la Laurentian agisse comme son correspondant. Une partie sub-

carried out by Laurentian, which billed the third party. (Case Vol. I, at pp. 119, 120, Vol. IV, at pp. 443 to 489).

8. In April, 1961, respondent announced the opening of a Laurentian branch office at Rosemere. (Exhibit D-1, Vol. I).

The Superior Court held that this undertaking was lawful. The branch is located outside the prohibited area and serves regions that are not referred to in the prohibition. (Case Vol. I, at p. 142 and Vol. IV, at p. 622).

9. On July 6, 1961, the Prudential Assurance Company referred to Laurentian the case of an accident that occurred in Montreal, in the prohibited area, on June 15, 1961. (Exhibit P-6, Vol. III).

Laurentian accepted this commission directly from the insurer but in the capacity of correspondent of the third party, an employee of which later asked it to submit an account. (Case Vol. III, at pp. 301 to 320).

10. On July 11, 1961, the Hartford Insurance Company referred to Laurentian the case of an accident that occurred on July 10, 1961 in Laval West. (Exhibit P-5, Vol. II).

Respondent seemed to believe, as in the first case, that this was not a case of prohibited competition because Hartford was not a regular customer of the third party. (Case Vol. I, at p. 106 and Vol. II, at pp. 224 and 225).

11. On July 14, 1961, a Saint-Jérôme insurance broker referred to Laurentian the case of an accident that occurred on July 12, 1961 in Montreal, in the prohibited area. (Exhibit P-16, Vol. IV).

With appellant's consent, Laurentian acted as correspondent of the third party, reported to the latter and sent it an account. (Case Vol. I, at p. 120 and Vol. IV, at pp. 490 *et seq.*).

On October 31, 1961, appellant's attorney wrote a formal notice of default to respondent alleging that Laurentian was not identifying itself properly, that it was passing itself off as the third party and was in breach of the agreement of December 19, 1960. This letter enjoined respondent to cease its contraventions and suggested that he communicate with the writer of the letter (Case Vol. I, at pp. 143, 144).

stantielle du travail est accomplie par la Laurentian qui facture la mise en cause. (Dossier Vol. I, aux pp. 119, 120, Vol. IV, aux pp. 443 à 489).

8. En avril 1961, l'intimé annonce l'ouverture d'une succursale de la Laurentian à Rosemère. (D-1, Vol. I).

La Cour supérieure trouve cette initiative légitime. La succursale est située hors de la zone interdite et permet de desservir des régions qui ne sont pas visées par la prohibition. (Dossier Vol. I, à la p. 142 et Vol. IV, à la p. 622).

9. Le 6 juillet 1961, la Cie d'assurance Prudentielle réfère à la Laurentian un cas d'accident survenu à Montréal, en zone interdite, le 15 juin 1961. (P-6, Vol. III).

La Laurentian accepte ce mandat directement de l'assureur mais à titre de correspondante de la mise en cause dont un employé lui demande subséquemment de soumettre un compte. (Dossier Vol. III, aux pp. 301 à 320).

10. Le 11 juillet 1961, la Cie d'assurance Hartford réfère à la Laurentian un cas d'accident survenu le 10 juillet 1961 à Laval Ouest. (P-5, Vol. II).

L'intimé paraît être d'avis, comme dans le cas 1 qu'il ne s'agit pas d'un cas de concurrence interdite parce que la Hartford n'était pas une cliente habituelle de la mise en cause. (Dossier Vol. I, à la p. 106 et Vol. II, aux pp. 224, 225).

11. Le 14 juillet 1961, un courtier en assurance de Saint-Jérôme réfère à la Laurentian un cas d'accident survenu le 12 juillet 1961 à Montréal en zone interdite. (P-16, Vol. IV).

D'accord avec l'appelant, la Laurentian agit comme correspondante de la mise en cause, lui fait rapport et lui envoie son compte. (Dossier Vol. I, à la p. 120 et Vol. IV, aux pp. 490 et ss).

Le 31 octobre 1961, l'avocat de l'appelant écrit une mise en demeure à l'intimé alléguant que la Laurentian ne s'identifie pas comme il convient, se fait passer pour la mise en cause, et enfreint la convention du 19 décembre 1960. Cette lettre enjoint à l'intimé de cesser ses contraventions et lui suggère de communiquer avec le signataire. (Dossier Vol. I, aux pp. 143, 144).

Around November 2 or 3, 1961 appellant and respondent met to discuss their disagreement. Their respective versions of the meeting are at variance. (Case Vol. I, at pp. 81, 82, 100, 101). Respondent alleges having also met appellant and his counsel in the latter's office, but appellant and his counsel deny this.

12. On November 29, 1961, the Prudential Assurance Company referred to Laurentian the case of an accident that occurred at Ile Perrot, in the prohibited area, on June 25, 1961. (P-9, Vol. III).

Respondent testified that only after accepting this commission did he realize that he might be infringing the agreement of December 19, 1960. He tried to co-operate with appellant, who refused. Respondent withdrew and claimed no fees. (Case Vol. I, at p. 54 and Vol. III, at pp. 343, 338, 340).

In November 1961, appellant stopped paying on behalf of respondent the \$100 per month he had undertaken to pay on a hypothecary obligation.

13. On December 5, 1961, Phoenix of London allegedly referred to Laurentian the case of an accident that occurred in Montreal, in the prohibited area, on October 2, 1961. (Exhibit P-8, Vol. III).

The particulars of the correspondence exchanged by the parties, to be found in Exhibit P-8, do not tally. Respondent has no copy of them. Here again, subject to the lack of agreement of the documents relating to the identity of the accident, there appears to have been an attempt to co-operate on the part of respondent, a refusal by appellant and a withdrawal by respondent. (Case Vol. IV, at p. 601 and Vol. III, at pp. 328, 329, and 326).

14. There was apparently another case of breach alleged by appellant with respect to an accident that occurred around November 22, 1961 at Saint-Martin.

The record of this accident has not been reproduced. There is, besides the allegation, a qualified admission of respondent that he received no fee since he had no copy of the record. (Case. Vol. I, at pp. 45, 46 and 55).

15. On March 23, 1962, the Zurich Insurance Company referred to Laurentian the case of an accident that occurred on March 20, 1962 at Sainte-Marthe sur le Lac. (Exhibit P-10, Vol. III).

Vers le 2 ou le 3 novembre 1961, l'appelant et l'intimé se rencontrent pour discuter de leur différend. Leurs versions de cette rencontre ne concordent guère. (Dossier Vol. I, aux pp. 81, 82, 100, 101). L'intimé soutient avoir également rencontré l'appelant et son avocat dans le bureau de ce dernier, ce qui est nié par l'appelant et par son avocat.

12. Le 29 novembre 1961, la Cie d'assurance Prudentielle réfère à la Laurentian un cas d'accident survenu à l'Ile Perrot, en zone interdite, le 25 juin 1961. (P-9, Vol. III).

L'intimé atteste que ce n'est qu'après avoir accepté ce mandat qu'il se rend compte qu'il peut être contraire à la convention du 19 décembre 1960. Il tente de collaborer avec l'appelant qui refuse. L'intimé se désiste et ne réclame pas d'honoraires. (Dossier Vol. I, à la p. 54 et Vol. III, aux pp. 343, 338, 340).

En novembre 1961, l'appelant cesse d'acquitter pour l'intimé les \$100 par mois qu'il s'était engagé à payer sur une obligation hypothécaire.

13. Le 5 décembre 1961, la Phoenix de Londres aurait référé à la Laurentian un cas d'accident survenu à Montréal, en zone interdite, le 2 octobre 1961. (P-8, Vol. III).

Les données de la correspondance échangée par les parties et que l'on retrouve à l'exhibit P-8 ne concordent pas. L'intimé n'en a pas de copie. Là encore, et sous réserve du manque de concordance des documents relativement à l'identité de l'accident, il semble qu'il y ait eu tentative de collaboration de la part de l'intimé, refus par l'appelant et désistement par l'intimé. (Dossier Vol. IV, à la p. 601 et Vol. III, aux pp. 328, 329, et 326).

14. Il y aurait eu un autre cas de transgression allégué par l'appelant au sujet d'un accident survenu vers le 22 novembre 1961 à Saint-Martin.

Le dossier de cet incident n'est pas reproduit. On trouve, en plus de l'allégation, une admission qualifiée de l'intimé selon lequel il n'aurait pas reçu d'honoraire puisqu'il n'a pas de copie de dossier (Dossier Vol. I, aux pp. 45, 46 et 55).

15. Le 23 mars 1962, la Cie d'assurance Zurich réfère à la Laurentian un cas d'accident survenu le 20 mars 1962 à Sainte-Marthe sur le Lac. (P-10, Vol. III).

The accident apparently occurred on the periphery of or outside the prohibited area. (Case Vol. I, at p. 54, Vol. III, at pp. 348 and 349 and Vol. IV, at p. 602).

The action brought by respondent was dated January 10, 1964, the defence of appellant July 8, 1964, and his cross-demand August 20, 1964.

The trial judge, with respect to the chronology of the events just referred to, made the following observations:

[TRANSLATION] It is apparent from the evidence that defendant completely changed his way of acting toward plaintiff at the end of October 1961, or rather after November 3, 1961 when he consulted with his lawyer, namely at the exact moment when his promissory note was about to become negotiable or due and payable. The record also shows that plaintiff's action of claiming the balance of the sale price was not taken until January 10, 1964, namely about two years after the last case of breach. On his part, defendant ceased making payments on the mortgage in November 1961, and waited at least two years before instituting the action against plaintiff in execution of the penal clause, apparently satisfied with dispensing with payment of the balance of the sale price and not having to pay it.

Of the seven incidents mentioned specifically by appellant in his brief (at pp. 12 to 16), there are two, 6 and 12 *supra*, from which respondent withdrew, a third, 13, on the subject of which the documents submitted do not agree, a fourth, 14, that contains only qualified admissions, and a fifth, 9, in which respondent acted as correspondent for appellant. It is surprising that the last case is part of the claim since appellant pleads elsewhere (at p. 33 of his brief) that no breach of the agreement occurred, nor was there any precedent favourable to respondent when the latter acted as appellant's correspondent for accidents that had occurred in the prohibited area.

The only incidents capable, when considered out of context, of being *prima facie* viewed as breaches, are incidents 1 and 10, *supra*. Certainly the minimal profit that respondent was able to draw from them should not be taken into consideration, as it was by the Superior Court, in order to

L'accident serait survenu à la périphérie de la zone interdite ou à l'extérieur. (Dossier Vol. I, à la p. 54, Vol. III, aux pp. 348, 349 et Vol. IV, à la p. 602).

L'action prise par l'intimé date du 10 janvier 1964, la défense de l'appelant, du 8 juillet 1964 et sa demande reconventionnelle, du 20 août 1964.

Le juge du procès fait, au sujet de la chronologie des derniers événements, les observations suivantes:

Il ressort de la preuve que le défendeur a changé complètement sa façon d'agir vis-à-vis du demandeur à la fin d'octobre 1961, ou plutôt après le 3 novembre 1961, après qu'il eût consulté son procureur, soit au moment précis où son billet allait devenir négociable ou échu et exigible. Le dossier laisse voir par ailleurs que l'action du demandeur en réclamation de la balance du prix de vente n'a été prise que le 10 janvier 1964, c'est-à-dire environ deux ans après le dernier cas de contravention. De son côté le défendeur a arrêté de payer ses versements sur l'hypothèque en novembre 1961, et il n'a pas poursuivi le demandeur durant au moins deux ans, en exécution de la clause pénale, semblant satisfait de se dispenser de payer la balance du prix de vente et de n'avoir pas à la payer.

Parmi les sept incidents dont l'appelant se plaint particulièrement dans son mémoire, (aux pp. 12 à 16) il s'en trouve deux, 6 et 12 *supra*, où l'intimé s'est désisté, un troisième, 13, au sujet duquel les documents produits ne concordent pas, un quatrième, 14, qui ne comporte que des admissions qualifiées, et un cinquième, 9, où l'intimé a agi comme correspondant de l'appelant. Il est étrange que ce dernier cas fasse l'objet d'un reproche puisque l'appelant plaide ailleurs (à la p. 33 de son mémoire) qu'il n'y avait pas de transgression de la convention, ni précédent favorable à l'intimé lorsque ce dernier agissait comme correspondant de l'appelant pour des accidents s'étant produits dans la zone interdite.

Les seuls incidents susceptibles, s'ils sont examinés hors contexte, d'être considérés *prima facie* comme des contraventions, sont les incidents 1 et 10, *supra*. Certes l'on ne doit pas, comme l'a fait la Cour supérieure, tenir compte du gain minime que l'intimé a pu en retirer pour décider si la clause

decide whether the penal clause should be applied or not; the Court of Appeal noted this error but still upheld the trial judgment because that point was not a *ratio* of the judgment. Furthermore, it is irrelevant that according to the contract (Exhibit P-1) the insurance companies with which respondent did business were not regular customers of the third party.

Nevertheless, these incidents must be put in their proper context and compared with the sixth case, *supra*, from which respondent withdrew after having himself taken the initiative of communicating with appellant, with the twelfth case from which he also withdrew, and with cases three and four in which appellant apparently acted as respondent's correspondent.

In particular, one must ask in this context whether appellant, from the moment he became aware of these incidents, regarded them as breaches warranting application of the penal clause. Appellant is less than exact as to the moment when he was informed of the breaches which are the basis of his claim against respondent. (Case Vol. I, at p. 99). While he seems to have been careful at the time to preserve for the future the principle of the prohibition imposed by contract, he did not fail to agree to compromise in several specific cases when he saw an advantage in doing so. It is not unreasonable to infer from this that for the period in which these incidents occurred, if not for the entire period stipulated in the agreement, he refrained from availing himself of the penal clause. Bearing in mind these circumstances, I cannot say that the concurrent conclusions of the Superior Court and the Court of Appeal are in error with respect to what is in substance a question of fact and of appreciation of the facts. The appreciation of the facts is complicated in the case at bar by a problem of credibility. Appellant's and respondent's versions are contradictory. The trial judge, who saw and heard the parties and their witnesses, clearly preferred respondent's version:

[TRANSLATION] From the evidence it appears that the parties have contradictory versions, both on interpretation of the agreement and on the co-operation that existed between them. However, it should be added that on the latter point, defendant's statements correspond

pénale doit s'appliquer ou ne pas s'appliquer: la Cour d'appel relève cette erreur mais elle n'en maintient pas moins le jugement de première instance parce qu'il ne s'agit pas là, d'un motif principal du jugement. Il n'importe pas non plus, selon le contrat P-1, que les compagnies d'assurances avec qui l'intimé a fait affaire n'aient pas été les clientes habituelles de la mise en cause.

Il faut néanmoins replacer ces incidents dans leur contexte et les mettre en regard du cas 6, *supra*, où l'intimé se désiste après avoir lui-même pris l'initiative de communiquer avec l'appelant, du cas 12 où il se désiste également, et des cas 3 et 4 où c'est l'appelant qui a l'air d'agir comme correspondant de l'intimé.

Il faut surtout se demander, dans ce contexte, si l'appelant, à partir du moment où il a eu connaissance de ces incidents, les a considérés comme des contraventions méritant l'application de la clause pénale. L'appelant n'est guère précis quant au moment où il a été informé des infractions qu'il serait justifié de reprocher à l'intimé. (Dossier Vol. I, à la p. 99). S'il semble avoir été soucieux à l'occasion de sauvegarder pour l'avenir le principe de la prohibition prescrite par le contrat, il n'a pas manqué de consentir à des accommodements dans plusieurs cas particuliers quand il y voyait un avantage. Il n'est pas déraisonnable d'en inférer qu'il a renoncé pour la période où ces incidents se sont produits, sinon pour toute la période prévue par le contrat, à se prévaloir de la clause pénale. Compte tenu de ces circonstances, il m'est impossible de dire que les conclusions concordantes de la Cour supérieure et de la Cour d'appel sont erronées sur ce qui est en substance une question de fait et d'appréciation des faits. L'appréciation des faits se complique en l'instance d'un problème de crédibilité. Les versions de l'appelant et de l'intimé se contredisent. Or le juge du procès, qui a vu et entendu les parties et leurs témoins, préfère clairement la version de l'intimé:

Il appert de la preuve que les parties ont des versions contradictoires et sur l'interprétation du contrat et sur la coopération ayant existé entre elles. Il y a lieu d'ajouter cependant que sur ce dernier point les affirmations du défendeur ne concordent pas avec les actes qu'il a posés

neither with his actions nor with the actions of plaintiff that were authorized or at least tolerated by defendant. There can be no doubt that the parties co-operated with each other and worked together when it was in both their interests not to refuse a case, and consequently to act together, rather than to always regard themselves strictly as independent hostile competitors.

Consequently, defendant's peremptory statement to the effect that he categorically forbade plaintiff to act in the prohibited area before October 31, 1961, and that in no case did he authorize him to act is hardly plausible or probable, in the light of defendant's actions and the relations of friendship and business that existed between the parties during the year following the signing of the contract, and also in the light of plaintiff's statements to the effect that he was asked to make at least partial investigations and to act as correspondent of the mise en cause. Furthermore, these statements are corroborated by the disinterested witness Louis-Paul Hébert. (The emphasis is mine).

In his brief, appellant referred to certain rules of law that are not, in my opinion, applicable to this case. He discussed at length agreements prohibiting the carrying on of a business or the conduct of a trade or profession, as well as penal clauses. The validity of the October 19, 1960 agreement is conceded. The trial judge also allowed under reserve of an objection evidence submitted by appellant tending to establish that the third party was in financial difficulty when appellant acquired respondent's shares. He later disallowed this evidence and the Court of Appeal affirmed his decision. Like the Superior Court and the Court of Appeal, I am of the opinion that such evidence is irrelevant. Lastly, appellant argued that the Superior Court and the Court of Appeal contravened art. 1234 of the *Civil Code* in allowing the contradiction of a written instrument (Exhibit P-1) by testimony. This was only done to establish the existence of a tacit understanding subsequent to the written agreement and which could be inferred from the behaviour of the parties.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Adessky, Kingstone, Zerbisias & Poulin, Montreal.

Solicitors for the respondents: Dorais & Lamontagne, Ste-Thérèse, Qué.

et les initiatives du demandeur qu'il a autorisées ou au moins tolérées. A n'en pas douter, il y a eu coopération entre les parties et travail de concert, parce que c'était dans l'intérêt des deux parties de ne pas refuser de cas et conséquemment d'agir ensemble plutôt que de se considérer continuellement comme des compétiteurs indépendants, opposés et irréductibles.

Partant l'affirmation catégorique du défendeur à l'effet qu'il a défendu catégoriquement au demandeur d'agir dans la zone interdite avant le 31 octobre 1961, et qu'il ne l'a autorisé en aucun cas d'agir, n'est guère plausible ni vraisemblable, vu les agissements du défendeur et les rapports amicaux et d'affaires ayant existé entre les parties durant l'année qui a suivi la signature du contrat et vu d'autre part les affirmations du demandeur à l'effet qu'on lui aurait demandé de faire des enquêtes au moins partielles et d'agir comme correspondant de la mise en cause, affirmations par ailleurs corroborées par le témoin désintéressé Louis-Paul Hébert. (C'est moi qui souligne).

L'appelant, dans son mémoire, réfère à certaines règles de droit qui, à mon avis, sont sans application dans cette cause. Il discute longuement des contrats interdisant de faire commerce ou d'exercer un métier ou une profession, ainsi que des clauses pénales. Or la validité du contrat du 19 octobre 1960 est admise. Le juge du procès avait de plus permis sous réserve une preuve faite par l'appelant et tendant à établir que la mise en cause était en situation financière difficile au moment où l'appelant a fait l'acquisition des actions de l'intimé. Ce juge a par la suite écarté cette preuve et la Cour d'appel a confirmé. Je suis, comme la Cour supérieure et la Cour d'appel, d'avis qu'une telle preuve n'est pas pertinente. L'appelant plaide enfin que la Cour supérieure et la Cour d'appel ont contrevenu à l'art. 1234 C.c. en permettant que l'on contredise un écrit, (P-1), par une preuve testimoniale. Or il s'agissait seulement d'établir une entente tacite subséquente au contrat écrit et s'inférant du comportement des parties.

Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Adessky, Kingstone, Zerbisias & Poulin, Montréal.

Procureurs des intimés: Dorais & Lamontagne, Ste-Thérèse, Qué.

Cie Immobilière Viger Ltée (Defendant)
Appellant;

and

Lauréat Giguère Inc. (Plaintiff) Respondent.

1975: March 6; 1976: January 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Unjust enrichment — Conditions of application — Action de in rem verso—Civil code, arts. 1041, 1042, 1057 and 2613.

Municipal law — Illegal and irregular agreements between the municipality and third parties — Invalidity — Municipal Aid Prohibition Act, R.S.Q. 1964, c. 176, s. 1 — Municipal Works Act, R.S.Q. 1964, c. 177, ss. 1 and 5 — Municipal Commission Act, R.S.Q. 1964, c. 170, s. 24 — Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193, s. 593.

The town of Plessisville ("Plessisville") wanted the Coopérative agricole de Granby ("the Cooperative") to locate a dairy processing plant on its territory. The land on which the plant was to be built was to be acquired through appellant, the Compagnie Immobilière Viger Ltée ("Viger"), a subsidiary of the Cooperative which held all its shares. To encourage the Cooperative to locate on its territory, Plessisville concluded an agreement with Viger on August 10, 1966, under which the Town undertook to procure Viger with land intended for the construction of the plant and to level and improve the said land "at the sole expense" of the municipality. To fulfil its promise, Plessisville transferred to Viger on October 25, 1966 a lot which it had purchased, and at the same time it authorized the latter to purchase two other lots situated beyond the town limits, on which Plessisville had a buyer's option. On the same day Viger bought the lots for the prices and terms contained in the said options. Before transferring the lots on August 25, 1966, Plessisville had concluded a contract with respondent, Lauréat Giguère Inc. ("Giguère"), under which the latter was to do the levelling work. It is admitted that the agreements of August 10 and October 25 contravened the *Municipal Aid Prohibition Act*, and that the by-law authorizing the conclusion of the contract with Giguère and the issuing of a loan for this purpose were never approved by the Municipal Commission nor submitted to municipal electors, as required by

Cie Immobilière Viger Ltée (Défenderesse)
Appelante;

et

Lauréat Giguère Inc. (Demanderesse)
Intimée.

1975: le 6 mars; 1976: le 30 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Enrichissement sans cause — Conditions d'application — Action de in rem verso — Code civil, art. 1041, 1042, 1057, 2613.

Droit municipal — Conventions illégales et conventions irrégulières entre la municipalité et des tiers — Nullité — Loi de l'interdiction des subventions municipales, S.R.Q. 1964, c. 176, art. 1 — Loi des travaux municipaux, S.R.Q. 1964, c. 177, art. 1 et 5 — Loi de la Commission municipale, S.R.Q. 1964, c. 170, art. 24 — Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, c. 193, art. 593.

La ville de Plessisville («Plessisville») voulait que la Coopérative agricole de Granby («la Coopérative») implante sur son territoire une usine de transformation de produits laitiers. L'acquisition du terrain pour la construction de cette usine devait se faire par l'intermédiaire de la Compagnie Immobilière Viger Ltée («Viger»), l'appelante, une filiale de la Coopérative qui en détenait toutes les actions. Pour inciter la Coopérative à s'installer chez elle, Plessisville conclut une convention avec Viger, le 10 août 1966, selon laquelle la Ville s'engage à lui procurer les terrains destinés à la construction de l'usine et à niveler et aménager lesdits terrains «aux frais uniques» de la municipalité. Pour remplir sa promesse, Plessisville cède à Viger, le 25 octobre 1966, un terrain qu'elle avait acheté et en même temps autorise cette dernière à acquérir directement deux autres terrains situés à l'extérieur des limites de la ville, sur lesquels Plessisville avait des options d'achat. Le même jour Viger achète les terrains aux prix et conditions contenus dans ces options. Avant la cession des terrains, le 25 août 1966, Plessisville avait conclu un contrat avec Lauréat Giguère Inc. («Giguère»), l'intimée, afin que celle-ci fasse le nivellement. Il est admis que les conventions du 10 août et du 25 octobre entre Plessisville et Viger contrevenaient à la *Loi de l'interdiction des subventions municipales* et que le règlement décrétant la passation du contrat avec Giguère et l'emprunt à cette fin n'ont jamais été approuvés par la

law. Giguère carried out the work, pursuant to its contract, for the price of \$161,313.30. Plessisville paid \$75,000 to Giguère but there remains an amount of \$72,547.13, which the parties agree is still owed to Giguère. The evidence discloses that, despite these irregularities, there is no reason to doubt the good faith of either Viger or Giguère.

In the Superior Court Giguère brought action against Plessisville, the Cooperative and Viger jointly. As its action was dismissed, it appealed only against Viger and the Cooperative. The Court of Appeal unanimously dismissed the action against the Cooperative but upheld the action against Viger and ordered the latter to pay Giguère \$72,547.16. This order is the only point at issue before this Court. Initially, Giguère had based its action on art. 1053 C.C. and, alternatively, had contended that Viger had been unjustly enriched at its expense. Before this Court, Giguère only argued unjust enrichment, which was the reason upheld by the majority decision of the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Incorporation of the theory of unjust enrichment into the civil law is no longer open to debate; discussion relates only to its theoretical basis and to the conditions of application. Most authorities recognize six such conditions: (1) an enrichment; (2) an impoverishment; (3) a correlation between the enrichment and the impoverishment; (4) the absence of justification; (5) the absence of evasion of the law; (6) the absence of any other remedy.

In the case at bar, the first condition for the application of this theory, namely the enrichment of Viger, is fulfilled although the latter owns lots by virtue of titles subject to dispute. Viger is in possession of lots which accumulated in value and it is in the interest of neither party to dispute the validity of the titles. Giguère's impoverishment is equally certain. The Court of Appeal also recognized the correlation between Viger's enrichment and Giguère's impoverishment.

It is on the absence of justification that there is a divergence of opinion between the Superior Court and the Court of Appeal. The Superior Court judge and the dissenting judge on the Court of Appeal considered that the enrichment was justified by the contracts which gave Viger title to the lots in their existing condition. However, in the case at bar, the contracts by which Viger acquired the lots from their owners do not constitute a justification for its enrichment: these contracts do not

Commission municipale ni soumis aux électeurs conformément à la loi. Giguère a pour sa part effectué les travaux, selon son contrat, au prix de \$161,313.30. Plessisville a payé \$75,000 à Giguère mais il reste une somme de \$72,547.13 que les parties reconnaissent être toujours due à Giguère. La preuve révèle que malgré ces irrégularités, il n'y a rien qui permette de mettre en doute la bonne foi tant de Viger que de Giguère.

En Cour supérieure Giguère a poursuivi conjointement Plessisville, la Coopérative et Viger. Son action ayant été rejetée, elle s'est pourvue en appel contre Viger et la Coopérative seulement. La Cour d'appel a, à l'unanimité, rejeté l'action contre la Coopérative mais elle a maintenu l'action contre Viger et condamné cette dernière à payer à Giguère la somme de \$72,547.16. C'est uniquement cette condamnation qui fait l'objet du litige devant cette Cour. Initialement Giguère avait fondé son recours sur l'art. 1053 C.c. et subsidiairement avait soutenu que Viger s'était injustement enrichie à ses dépens. Devant cette Cour, Giguère se contente de plaider l'enrichissement injustifié, soit le motif retenu par l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Plus personne ne conteste l'intégration de la doctrine de l'enrichissement injustifié au droit civil et l'on ne discute plus que de son fondement théorique et des conditions de son application. La plupart des autorités reconnaissent que ces conditions sont au nombre de six: 1) un enrichissement; 2) un appauvrissement; 3) une corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement; 4) l'absence de justification; 5) l'absence de fraude à la loi; 6) l'absence d'autres recours.

En l'espèce, la première condition à l'application de cette doctrine, soit l'enrichissement de Viger, est remplie même si celle-ci détient les terrains en vertu de titres qui pourraient être attaqués. Viger est en possession de terrains qui ont reçu une plus-value et aucune des parties n'a intérêt à contester la validité des titres. Quant à l'appauvrissement de Giguère il est également certain. La Cour d'appel a également reconnu la corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement des parties.

C'est sur l'absence de justification qu'il y a divergence d'opinion entre la Cour supérieure et la Cour d'appel. Pour le juge de la Cour supérieure et le juge dissident de la Cour d'appel l'enrichissement trouve sa justification dans les contrats qui ont permis à Viger d'acquérir les terrains dans l'état où ils se trouvaient. Toutefois, en l'espèce, les contrats par lesquels Viger a fait l'acquisition des terrains de leurs propriétaires ne constituent pas une justification de son enrichissement: ces contrats

have the cost of improvements as their object and they are not the real cause of Viger's enrichment and Giguère's impoverishment. The real cause is the promise of aid made by Plessisville to Viger, that is the promise that the town would level the lots to the benefit of Viger without cost. This promise, which is absolutely void, cannot be treated as the legal basis for the enrichment. Moreover, it is not contained in Viger's contracts of acquisition.

With respect to the fifth condition, the view taken by the Superior Court that Giguère entered into a null contract with Plessisville, without making sure that the formalities required by law were observed, cannot be upheld either. Although the contracts and agreements between Plessisville and Viger are null because they are contrary to public policy, the contract between Giguère and Plessisville is null only because of non-compliance with formalities, such as approval by the competent authorities. It is the illegality of the agreements between Viger and Plessisville, agreements which Giguère had absolutely nothing to do with, which prevented approval by the competent authorities and it would be unjust and unlawful that a third party should have to bear the cost of an illegality of which it is innocent. Nor can the subsidiary nature of Giguère's action be advanced as an argument on the assumption that this nature would be a bar to the action *de in rem verso*.

Price v. Neault (1886), 12 A.C. 110; *Tanguay v. Price* (1906), 37 S.C.R. 657; *Régent Taxi & Transport Company v. La Congrégation des Petits Frères Maristes*, [1929] S.C.R. 650, rev'd. [1932] A.C. 295; *Stanley Johnston v. Dame Vera Channell*, [1937] S.C.R. 275; *R. v. Sylvain et al.*, [1965] S.C.R. 164; *Boudier*, D.P. 1892.1.596; *Lawrence v. Stuart* (1856), 6 L.C.R. 294; *Stuart v. Eaton* (1857), 8 L.C.R. 113; *La Cie de Prêt et de Crédit Foncier v. St. Germain* (1881), 26 L.C.J. 39; *Gage Investment Inc. v. Ménard and Marge Construction Engineers Ltd.* (1931), 50 Que. Q.B. 315; *Belle-Isle Lumber Inc. v. Craft Finance Corp.*, [1966] Que. Q.B. aff'd [1966] S.C.R. 661, referred to; *de Choudens*, D.P. 1923.1.64; *Vachon v. Deschesnes* (1935), 59 Que. Q.B. 193; *St. Pierre v. Lefebvre* (1935), 61 Que. Q.B. 168; *Dumberry v. Moquin*, [1959] C.S. 184, distinguished.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec¹ which condemned appellant to pay respondent \$72,547.13 and in part reversed a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

¹ [1973] C.A. 867.

n'ont pas pour objet le coût des améliorations et ce ne sont pas eux qui sont la cause véritable de l'enrichissement de Viger et de l'appauvrissement de Giguère. La véritable cause est la promesse de subvention faite par Plessisville à Viger, c'est-à-dire la promesse que la Ville ferait le nivellement des terrains sans frais au profit de Viger. Cette promesse qui est radicalement nulle ne saurait constituer la cause juridique de l'enrichissement. Elle n'est pas d'ailleurs contenue dans les contrats d'acquisition de Viger.

Quant à la cinquième condition, le reproche fait par la Cour supérieure à Giguère, soit d'avoir passé un contrat nul avec Plessisville sans s'assurer que l'on observe les formalités requises par la loi, ne peut non plus être retenu. Si les contrats et conventions entre Plessisville et Viger sont nuls parce que contraires à l'ordre public, le contrat entre Giguère et Plessisville n'est nul qu'en raison de l'inobservation des formalités, entre autres l'approbation des autorités compétentes. C'est l'illégalité des conventions intervenues entre Viger et Plessisville, conventions auxquelles Giguère est totalement étrangère qui ont empêché l'approbation des autorités compétentes et il serait injuste et illégitime qu'un tiers fasse les frais d'une égalité dont il est innocent. On ne peut non plus opposer le caractère de subsidiarité du recours de Giguère dans l'hypothèse où ce caractère ferait obstacle à l'action *de in rem verso*.

Arrêts mentionnés: *Price v. Neault* (1886), 12 A.C. 110; *Tanguay c. Price* (1906), 37 R.C.S. 657; *Regent Taxi & Transport Company c. La Congrégation des Petits Frères Maristes*, [1929] R.C.S. 650 inf. par [1932] A.C. 295; *Stanley Johnston c. Dame Vera Channell*, [1937] R.C.S. 275; *R. c. Sylvain et al.*, [1965] R.C.S. 164; *Boudier*, D.P. 1892.1.596; *Lawrence c. Stuart* (1856), 6 L.C.R. 294; *Stuart c. Eaton* (1857), 8 L.C.R. 113; *La Cie de Prêt et de Crédit Foncier c. St. Germain* (1881), 26 L.C.J. 39; *Gage Investment Inc. c. Ménard et Marge Construction Engineers Ltd.* (1931), 50 B.R. 315; *Belle-Isle Lumber Inc. c. Craft Finance Corp.*, [1966] B.R. 135 confirmé [1966] R.C.S. 661; distinction faite avec les arrêts: *de Choudens*, D.P. 1923.1.64; *Vachon c. Deschesnes* (1935), 59 B.R. 193; *St. Pierre c. Lefebvre* (1935), 61 B.R. 168; *Dumberry c. Moquin*, [1959] C.S. 184.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ qui a condamné l'appelante à payer à l'intimée \$72,547.13 et infirmé en partie un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

¹ [1973] C.A. 867.

L. B. Grignon, for the appellant.

L. Vézina and *F. Pelletier*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.—

I—The proceedings

La Compagnie Immobilière Viger Ltée (“Viger”) is appealing from a majority decision of the Court of Appeal for the Province of Quebec ordering it to pay Lauréat Giguère Inc. (“Giguère”), \$72,547.13, the amount of its alleged unjustified enrichment at Giguère’s expense. This decision in part reverses a judgment of the Superior Court dismissing an action that Giguère had brought against Viger, the Coopérative agricole de Granby (“the Cooperative”) and the Town of Plessisville (“Plessisville”). Giguère based its action against these three defendants on art. 1053 C.C. and, alternatively, on the theory of unjustified enrichment, also called the theory of unjust enrichment or enrichment without cause.

Neither Plessisville nor the Cooperative are before this Court: Giguère withdrew its appeal against Plessisville in the Court of Appeal and accepted the part of the Court of Appeal’s decision upholding the dismissal of its action against the Cooperative.

Finally, Giguère ceased to argue Viger’s liability under art. 1053 C.C.

Thus the only point at issue is whether the Court of Appeal was correct in concluding that Viger was unjustly enriched at Giguère’s expense.

II—The facts

The facts that gave rise to the suit, though complex, are not in dispute.

In 1966 the municipalities of Princeville and Plessisville both wanted the Cooperative to locate in their territory a dairy processing plant it was planning to build.—It should be pointed out that Viger was to acquire the land and build the plant. Viger is a subsidiary of the Cooperative, which holds all its shares. Viger’s board of directors was composed of the general director and other direc-

L. B. Grignon, pour l’appelante.

L. Vézina et *F. Pelletier*, pour l’intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—

I—Les procédures

La Compagnie Immobilière Viger Ltée («Viger») se pourvoit contre un arrêt majoritaire de la Cour d’appel de la Province de Québec qui la condamne à payer à Lauréat Giguère Inc. («Giguère») la somme de \$72,547.13 dont elle se serait injustement enrichie aux dépens de Giguère. Cet arrêt infirme en partie un jugement de la Cour supérieure rejetant une action que Giguère avait intentée à Viger, à la Coopérative agricole de Granby («la Coopérative») et à la ville de Plessisville («Plessisville»). Giguère avait fondé son recours contre ces trois défenderesses sur l’art. 1053 C.c. et, subsidiairement, sur la doctrine de l’enrichissement injustifié aussi appelée doctrine de l’enrichissement illégitime ou de l’enrichissement sans cause.

Ni Plessisville ni la Coopérative ne sont devant cette Cour: en Cour d’appel, Giguère s’est désistée de son appel contre Plessisville; Giguère a de plus acquiescé à cette partie de la décision de la Cour d’appel qui confirme le rejet de son action contre la Coopérative.

Enfin, Giguère a cessé de plaider la responsabilité de Viger suivant l’art. 1053 C.c.

Il s’agit donc uniquement de décider si la Cour d’appel a eu raison de conclure que Viger s’est injustement enrichie aux dépens de Giguère.

II—Les faits

Les faits qui ont donné lieu au litige, quoique complexes, ne sont pas contestés.

En 1966, les municipalités de Princeville et de Plessisville souhaitaient voir s’implanter chacune dans son territoire l’usine de transformation de produits laitiers que la Coopérative se proposait d’établir.—Précisons tout de suite que le terrain devait être acquis et l’usine construite par Viger, une filiale de la Coopérative qui en détient toutes les actions. Les administrateurs de Viger sont le

tors of the Cooperative. The latter was simply to rent Viger's plant. However, this corporate structure was not a matter of common knowledge and the Cooperative and Viger were easily confused with one another.—

In any case, the Cooperative decided on Plessisville. Among the advantages which may have prompted the Cooperative's choice was the obligation undertaken by Plessisville to procure Viger with land intended for the construction of the plant for the price of vacant and unlevelled land. These lots totalled an area of more than a million square feet, completely levelled and improved according to Viger's requirements at the sole expense of Plessisville. Plessisville assumed this obligation toward Viger in a notarial deed (DP-4) received August 10, 1966 by Mr. Jean Tétrault who, incidentally, was a member of the municipal council. Clause 3 of this agreement reads as follows:

[TRANSLATION] 3. The TOWN undertakes in particular to acquire the said land and to improve it to the specifications of the COMPANY, over an area of at least one thousand five hundred feet (1,500') of frontage by one thousand feet (1,000') in depth, the whole before next September 1, 1966 at the sole expense of the TOWN, which shall resell the land to the COMPANY after it has been prepared and accepted by the latter at the price set above only and within the time limits mentioned above.

Earlier, on May 12 and 18, 1966, Plessisville obtained promises of sale from Alphonse Jam and Armand Marcoux, owners of lots located in the parish of Plessisville, beyond the town limits, and from Gilles Vallée, owner of a smaller lot within the town limits. The promising vendors agreed to sell their land to the Town of Plessisville or to any other person or corporation which it might designate. The purchaser could take possession of the land before the expiry date provided the notarial contract was executed within three months. The promises were to remain in effect until September 1, 1966. Later these promises were renewed for the lots belonging to Jam and Marcoux at a date not mentioned in the record.

directeur général et des administrateurs de la Coopérative. Celle-ci devait simplement louer l'usine de Viger. Cette structure corporative était cependant loin d'être connue de tout le monde et l'on confondait facilement la Coopérative et Viger.—

Le choix de la Coopérative s'arrête sur Plessisville. Parmi les avantages offerts à la Coopérative et qui ont pu inspirer ce choix se trouve l'obligation contractée par Plessisville de procurer à Viger, pour le prix de terrains vagues et non nivelés, des terrains destinés à la construction de l'usine, d'une superficie de plus d'un million de pieds carrés, complètement nivelés et aménagés selon les exigences de Viger mais aux frais uniques de Plessisville. Plessisville se charge de cette obligation envers Viger dans une convention notariée (DP-4) reçue le 10 août 1966 par M^e Jean Tétrault qui, par ailleurs, siège au Conseil municipal. La clause 3 de cette convention se lit comme suit:

3. La VILLE s'engage spécialement de se procurer ledit terrain et de l'aménager au niveau requis par la COMPAGNIE, sur une superficie d'au moins mille cinq cents pieds (1,500') de façade par mille pieds (1,000') de profondeur, le tout d'ici le premier septembre prochain (1966), le tout aux frais uniques de la VILLE, cette dernière devant revendre le terrain à la COMPAGNIE quand il aura été préparé et accepté par cette dernière, au prix ci-dessus fixé seulement et dans les délais plus haut mentionnés.

Préalablement, les 12 et 18 mai 1966, Plessisville s'est fait consentir des promesses de vente par Alphonse Jam et Armand Marcoux, propriétaires de terrains situés dans la paroisse de Plessisville, à l'extérieur des limites de la ville, et par Gilles Vallée, propriétaire d'un terrain plus petit situé, lui, dans les limites de la ville. Les promettants vendeurs consentent à vendre leur terrain à la Ville de Plessisville ou à toute autre personne ou société qui leur sera désignée par elle. L'acquéreur peut prendre possession avant la date d'expiration pourvu que le contrat notarié soit exécuté dans les trois mois. Les promesses valent jusqu'au 1^{er} septembre 1966. Il y aurait eu renouvellement par la suite pour les terrains Jam et Marcoux à une date sur laquelle le dossier ne nous renseigne pas..

On August 25, 1966 Plessisville awarded the levelling contract to Giguère. Giguère began work on September 6 and completed it on October 31.

Meanwhile Viger had acquired the three lots on which the plant was to be built.

On October 25 Plessisville sold to Viger the lot which it had previously purchased from Vallée in fulfilment of its promise of sale. It sold it at the price it had paid it, the price of an unlevelled lot.

By another agreement signed the same day (P-15), Plessisville, at Viger's request, gave the latter express authorization to purchase directly from Jam and Marcoux the lots which they had promised to sell to the Town. Viger accordingly bought, also on October 25, Jam's and Marcoux's lots for the same prices and terms as contained in the options already granted by the latter to Plessisville, that is, for the price of vacant, unlevelled lots.

Paragraph 3 of agreement P-15 states:

[TRANSLATION] 3. Notwithstanding the purchase of the said lots by the party of the Second Part (Viger), all the conditions and stipulations mentioned in the deed concluded between the parties last August 10 (1966) before the undersigned notary shall remain in force and shall have their full and entire effect, as to their form and content, not only with respect to the lot purchased from the Town itself, but also to those purchased from Messrs. Alphonse Jam and Armand Marcoux.

In their haste, the parties piled irregularities over illegalities. Agreements DP-4 and P-15 concluded between Viger and Plessisville on August 10 and October 25 were null because, in undertaking to pay the cost of improving the lots, Plessisville was granting a benefit to Viger, thereby contravening the *Municipal Aid Prohibition Act* (R.S.Q. 1964, c. 176, s. 1). The levelling contract concluded between Giguère and Plessisville on August 25, 1965 was also null. By-law No. 353, dated August 30, which was intended to authorize the conclusion of this contract and issue a loan for this purpose, was never approved by the Municipal Commission (*Municipal Works Act*, R.S.Q. 1964, c. 177, ss. 1 and 5, and *Municipal Commission*

Le 25 août 1966, Plessisville accorde le contrat de nivellement à Giguère. Giguère commence les travaux le 6 septembre et les termine le 31 octobre.

Entre temps, Viger a fait l'acquisition des trois terrains sur lesquels l'usine doit être construite.

Le 25 octobre, Plessisville vend à Viger le terrain qu'elle a précédemment acquis de Vallée en exécution de la promesse de vente qu'elle s'était fait consentir par ce dernier; elle le vend au prix auquel elle l'a acheté, le prix d'un terrain non nivelé.

Par une autre convention signée le même jour, (P-15), Plessisville, à la demande de Viger, autorise expressément cette dernière à acquérir directement de Jam et de Marcoux les terrains que ceux-ci avaient promis de vendre à la Ville. Viger achète donc, le 25 octobre également, les terrains de Jam et Marcoux aux mêmes prix et conditions que ceux contenus dans les options déjà consenties par ces derniers à Plessisville, c'est-à-dire pour le prix de terrains vagues et non nivelés.

L'alinéa 3 de la convention P-15 porte que:

3. Nonobstant l'acquisition desdits terrains par la partie de Seconde Part (Viger), toutes les conditions et stipulations mentionnées à l'acte de convention intervenu entre les parties le dix août dernier (1966), devant le notaire soussigné, demeureront en vigueur et auront leur plein et entier effet, selon leur forme et teneur, non seulement quant au terrain acquis de la Ville elle-même, mais aussi ceux acquis de MM. Alphonse Jam et Armand Marcoux.

Les parties, dans leur hâte, ont accumulé les irrégularités et les illégalités. Sont nulles les conventions DP-4 et P-15 intervenues entre Viger et Plessisville le 10 août et le 25 octobre, parce qu'en s'engageant à défrayer le coût d'aménagement des terrains, Plessisville octroyait une gratification à Viger contrevenant par là à la *Loi de l'interdiction de subventions municipales* (S.R.Q. 1964, c. 176, art. 1). Est également nul le contrat de nivellement intervenu entre Giguère et Plessisville le 25 août 1965: le règlement n° 353, en date du 30 août, qui est censé autoriser la passation de ce contrat et décréter un emprunt à cette fin, ne sera jamais approuvé par la Commission municipale. (*Loi des travaux municipaux*, S.R.Q. 1964, c. 177, art. 1 et

Act, R.S.Q. 1964, c. 170, s. 24). Such a loan by-law, moreover, is susceptible to be submitted to municipal electors and must subsequently be authorized by the Minister of Municipal Affairs (*Cities and Towns Act*, R.S.Q. 1964, c. 193, s. 593). There is nothing in the record to indicate that the procedure prescribed by the *Cities and Towns Act* was followed after the passing of by-law 353. Perhaps it was thought that it would be pointless to follow this procedure since it was known shortly afterwards that in any event the Quebec Government, that is the Municipal Commission or the Minister, would not grant the required approval.

Finally, as already mentioned, two of the three lots were situated outside the town limits at the time the contracts were signed and the levelling work was being carried out.

An attempt was made in part to remedy the irregularities. Thus, by-law No. 355 annexed Jam's and Marcoux's lots to the Town of Plessisville. By the admission of the parties, this by-law, dated December 15, 1966, was published in the *Quebec Official Gazette* on March 4, 1967. Furthermore, on November 25, 1966, Plessisville passed by-law No. 354 authorizing a loan of \$90,000 to pay the cost of the work necessary for the opening of several streets [TRANSLATION] "so as to facilitate residential building in the municipality". This by-law was duly approved. \$75,000 was allocated for the cost of gravel and machinery. By this expedient Plessisville was able to make Giguère a payment of \$75,000 for the work it carried out under the contract of August 25, as it transported the stone and earth removed from the lots it was to level to the roads to be built.

It is admitted by the parties that the cost of the work was \$147,547.13 and the total price \$161,313.30, the difference representing Giguère's profit. Giguère was originally claiming \$86,313.30, that is, the price of the work including its profit (\$161,313.30 less a payment of \$75,000), plus \$4,179.74, the interest on the loans undertaken to finance the work. The Court of Appeal set aside the financing costs and awarded Giguère the cost of the work it had carried out, not including profit, that is, the difference between \$147,547.13 and

5 et *Loi de la Commission municipale*, S.R.Q. 1964, c. 170, art. 24). Un tel règlement d'emprunt est de plus susceptible d'être soumis aux électeurs et il doit subséquemment être autorisé par le ministre des Affaires municipales. (*Loi des cités et villes*, S.R.Q. 1964, c. 193, art. 593). Rien au dossier n'indique que l'on a suivi, après l'adoption du règlement 353, la procédure prescrite par la *Loi des cités et villes*. On a peut-être pensé qu'il était inutile de suivre cette procédure puisque l'on a su, quelque temps après, que, de toute façon, Québec, c'est-à-dire la Commission municipale ou le Ministre, ne donnerait pas les approbations requises.

Enfin, et comme je l'ai déjà noté, deux des trois terrains se trouvaient hors des limites de la ville au moment des contrats et lors de l'exécution des travaux de nivellement.

L'on tentera de remédier en partie aux irrégularités. Ainsi, le règlement n° 355 annexe à la Ville de Plessisville les terrains Jam et Marcoux. Selon l'admission des parties, ce règlement, en date du 15 décembre 1966, est publié dans la *Gazette Officielle du Québec* le 4 mars 1967. En outre, le 25 novembre 1966, Plessisville adopte le règlement n° 354 qui autorise l'emprunt de \$90,000 pour défrayer le coût des travaux nécessaires à l'ouverture de plusieurs rues «afin de faciliter la construction domiciliaire dans la municipalité.» Ce règlement est dûment approuvé. \$75,000 sont alloués au coût du gravier et de la machinerie. Par cet expédient, Plessisville réussit à payer à Giguère un acompte de \$75,000 pour les travaux qu'elle a exécutés en vertu du contrat du 25 août car elle a transporté sur les chemins à construire la pierre et la terre extraites des terrains qu'elle devait niveler.

Il est admis par les parties que le coût des travaux est de \$147,547.13 et que le prix total est de \$161,313.30, la différence représentant le profit de Giguère. Giguère réclamait initialement \$86,313.30, soit le prix des travaux y compris son profit (\$161,313.30 moins \$75,000 d'acompte), plus une somme de \$4,179.74, soit les intérêts sur les emprunts contractés pour financer les travaux. La Cour d'appel laisse de côté les frais de financement et elle accorde à Giguère le coût des travaux qu'elle a exécutés, profit non compris, c'est-à-dire

the payment of \$75,000, or \$72,547.13, plus interest since the date of service of the writ and costs. Giguère is asking simply to uphold the decision of the Court of Appeal. The amount at issue is not in dispute.

It appears from the correspondence in the record that Plessisville after hoping to receive authorization from the Quebec Government to pay Giguère, lost this hope a few months later and then put pressure on the Cooperative to pay for the levelling work.

Neither the Cooperative nor Viger responded to this pressure and Giguère took the action leading to this appeal.

The evidence does not disclose at what point the parties became aware of the irregular character of their actions, the nature of each irregularity or the fact that it was not possible to remedy at least some of them by an administrative authorization. Thus a letter written to Giguère's counsel by the secretary-treasurer of Plessisville on April 28, 1967 indicated that the Cooperative, that is Viger, had purchased Jam's and Marcoux's lots directly rather than obtaining them from Plessisville as had been originally planned because [TRANSLATION] "the lot was in the parish, (now annexed) (so) we could not purchase it" (P-9). Knowledge of this obstacle does not necessarily create a presumption of knowledge of the irregularity of the other actions. In any case, the Superior Court concluded that [TRANSLATION] "no evidence has been submitted proving that 'Viger' committed fraud, or acted in bad faith toward plaintiff, or that it was in connivance with the Town in order to get hold of plaintiff's property". To these conclusions, however, must be added those of the Court of Appeal, which held that Viger could not be given the benefit of good faith without Giguère receiving it also. Giguère was not aware of the nature of the relations between Plessisville and Viger. The agreement by which Plessisville undertook to pay the cost of the levelling work without being reimbursed by Viger, an illegal agreement which is the basis of the whole proceeding, was unknown to Giguère. The action for unjustified enrichment must be examined in the light of these conclusions.

la différence entre \$147,547.13 et \$75,000 d'acompte, soit \$72,547.13, avec intérêts depuis l'assignation et les dépens. Giguère nous demande simplement de maintenir l'arrêt de la Cour d'appel. Le montant en litige n'est pas contesté.

Il appert de la correspondance déposée au dossier que Plessisville, après avoir espéré recevoir de Québec l'autorisation de payer Giguère, perdit cet espoir quelques mois plus tard et fit alors pression sur la Coopérative pour que celle-ci paye les travaux de nivellement.

Ni la Coopérative ni Viger ne se rendirent à cette pression et Giguère prit les procédures qui ont donné lieu au pourvoi.

La preuve ne révèle pas à quel moment les parties sont devenues conscientes du caractère irrégulier de leurs actes, de la nature de chaque irrégularité ou du fait qu'il n'était pas possible de remédier à au moins un certain nombre d'entre elles par une autorisation administrative. Ainsi, une lettre écrite au procureur de Giguère par le Secrétaire-trésorier de Plessisville le 28 avril 1967 indique que la Coopérative, c'est-à-dire Viger, avait acheté directement les terrains Jam et Marcoux plutôt que de les obtenir de Plessisville comme il avait d'abord été prévu parce que «le terrain était dans la paroisse, (maintenant annexée) nous ne pouvions l'acheter» (P-9). La connaissance de cet obstacle ne fait pas nécessairement présumer celle de l'irrégularité des autres actes. Quoi qu'il en soit, la Cour supérieure conclut «qu'aucune preuve n'a été faite à l'effet que «Viger» aurait commis un dol, ou aurait agi de mauvaise foi à l'égard de la demanderesse ou qu'elle aurait été de connivance avec la Ville pour s'emparer des biens de la demanderesse». Il importe cependant d'ajouter à ces conclusions celles de la Cour d'appel selon lesquelles on ne saurait accorder le bénéfice de la bonne foi à Viger sans l'accorder également à Giguère: cette dernière n'était pas au courant de la nature des rapports entre Plessisville et Viger. La convention par laquelle Plessisville s'engageait à défrayer le coût des travaux de nivellement sans remboursement par Viger, convention illégale qui est la source de tout le litige, était inconnue de Giguère. C'est à la lumière de ces conclusions qu'il faut examiner le recours en enrichissement injustifié.

III—The theory of unjustified enrichment in Quebec law

It seems that neither this Court nor the Judicial Committee of the Privy Council has ever decided whether the theory of unjust enrichment is part of Quebec civil law. In *Price v. Neault*², the Judicial Committee nearly touched on the question without referring directly to it. It was discussed in *Tanguay v. Price*³; in *Regent Taxi and Transport Company v. La Congrégation des Petits Frères Maristes*⁴, a decision of this Court quashed by the Judicial Committee; in *Stanley Johnston v. Dame Vera Channell*⁵; and, finally, in *R. v. Sylvain et al.*⁶ However, those discussions were *obiter*. I have been unable to find a single instance where this Court or the Judicial Committee of the Privy Council upheld an action based on the theory.

Nevertheless, the theory of unjustified enrichment is now undeniably incorporated into the civil law and it is important, in my opinion, to sanction the principle itself as well as those of its conditions of application on which it is necessary to rule in order to dispose of the appeal. The theory comes from the Roman law, which gave its name to one of the proceedings that enforced it, the action *de peculio et de in rem verso*, later simply action *de in rem verso* (Morel, André, *L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause*, Montreal, 1955, at pp. 20-31). It was mentioned in an aphorism of Pomponius: "*Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiore*". In ancient law, an author such as Pothier saw it as an unusual form of *negotiorum gestio* (Bugnet, M., *Œuvres de Pothier*, vol. 5, appendix to the treatise on the contract of mandate, Nos. 167 *et seq.*, No. 186, No. 189). Modern French case law, along with practically all the writers, finally adopted it toward the end of the nineteenth century, after a rather long period during which the silence of the Code had been

² (1886), 12 A.C. 110.

³ (1906), 37 S.C.R. 657.

⁴ [1929] S.C.R. 650, *rev'd.* [1932] A.C. 295.

⁵ [1937] S.C.R. 275.

⁶ [1965] S.C.R. 164.

III—La doctrine de l'enrichissement injustifié en droit québécois

Il semble que ni cette Cour ni le Comité judiciaire du Conseil Privé n'ont jamais décidé si la doctrine de l'enrichissement injustifié fait partie du droit civil québécois. Dans *Price v. Neault*², le Comité judiciaire frôla la question sans la nommer. On en discute dans *Tanguay c. Price*³, dans *Regent Taxi & Transport Company c. La Congrégation des Petits Frères Maristes*⁴—un arrêt de cette Cour cassé par le Comité judiciaire—, dans *Stanley Johnston c. Dame Vera Channell*⁵, et enfin dans *R. c. Sylvain et al.*⁶ Mais il s'agit d'*obiter dicta*. Je n'ai pu trouver aucune instance où cette Cour ou bien le Comité judiciaire du Conseil Privé aurait maintenu un recours fondé sur cette doctrine.

Néanmoins, l'intégration de la doctrine de l'enrichissement injustifié au droit civil est maintenant devenue indéniable et il importe, selon moi, d'en consacrer tant le principe que celles de ses conditions d'application sur lesquelles il est nécessaire de se prononcer pour disposer du pourvoi. La théorie vient du droit romain qui a donné son nom à l'une des procédures qui la sanctionnaient, l'action *de peculio et de in rem verso* et plus tard l'action simplement *de in rem verso*. (Morel, André, *L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause*, Montréal, 1955, aux pp. 20 à 31). On en a vu l'expression dans un brocard de Pomponius: "*Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiore*". Dans l'ancien droit, un auteur comme Pothier y voyait une forme anormale de gestion d'affaire: M. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, t. 5 appendice au traité du contrat de mandat, n° 167 et s; n° 186; n° 189. La jurisprudence française moderne a fini par s'y rallier vers la fin du siècle dernier avec pratiquement tous les auteurs après une période assez longue durant laquelle le silence

² (1886), 12 A.C. 110.

³ (1906), 37 R.C.S. 657.

⁴ [1929] R.C.S. 650 *inf.* [1932] A.C. 295.

⁵ [1937] R.C.S. 275.

⁶ [1965] R.C.S. 164.

interpreted as preventing its adoption (*Boudier*⁷). In Quebec, both before and after promulgation of the *Civil Code*, case law implicitly but effectively applied the theory of unjustified enrichment (*Lawrence v. Stuart*⁸; *Stuart v. Eaton*⁹; *La Cie de Prêt et de Crédit Foncier v. St. Germain*¹⁰). It was especially after the 1930s, however, that a number of writers made a systematic analysis of the theory of unjustified enrichment, at the same time as many decisions in the trial and appeal courts attempted to define the scope of the conditions for its application (Mignault, P. B., *L'enrichissement sans cause*, (1934) 13 R. du D. 157; Rinfret, T., *The Doctrine of Unjust Enrichment in the Law of Quebec*, (1937) 15 Can. Bar Rev. 331; Challies, G. S., *The Doctrine of Unjustified Enrichment in the Law of the Province of Quebec*, Montreal, 1952; Morel, A., *op. cit.*; Baudouin, J. L., *Traité élémentaire de droit civil, Les Obligations*, 1970, at pp. 215-229; Tancelin, M. A., *Théorie du droit des obligations*, 1975, at pp. 310-318. The theory of unjustified enrichment is no longer open to debate; discussion relates only to its theoretical basis and to the conditions of application. Finally, legislative support for this theory can be found, if necessary, in arts. 1041 and 1042 C.C. or in arts. 1057 and 2613, depending on whether it is viewed as based on an innominate quasi-contract or on law or custom. Such support can also be found in an extrapolation from the numerous provisions of the *Civil Code*, that are only special applications of it. The *Civil Code* does not contain the whole of civil law. It is based on principles that are not all expressed there, which it is up to case law and doctrine to develop:

[TRANSLATION] "... our Code, like the French Civil Code, has often applied this maxim—"Pomponius maxim"—to special situations, but it has not made it into a general rule. I have admitted, however, the possibility of maintaining that the legislator recognizes its authority, since he gives it effect in all the cases of application which he contemplates. Surely it can be argued that if

⁷ Req. June 16, 1892, D.P. 1892.1.596.

⁸ (1856), 6 L.C.R. 294.

⁹ (1857), 8 L.C.R. 113.

¹⁰ (1881), 26 L.C.J. 39.

du Code avait été interprété comme empêchant son adoption. (Arrêt *Boudier*⁷). Au Québec, tant avant qu'après la promulgation du *Code civil*, la jurisprudence a implicitement mais effectivement appliqué la théorie de l'enrichissement injustifié: *Lawrence c. Stuart*⁸; *Stuart c. Eaton*⁹; *La Cie de Prêt et de Crédit Foncier c. St. Germain*¹⁰. Mais c'est surtout après les années 1930 qu'une doctrine abondante fait une analyse systématique de la théorie de l'enrichissement injustifié en même temps que beaucoup de décisions en première instance et en appel tentent d'en circonscrire les conditions d'application. (Mignault, P. B. *L'enrichissement sans cause*, (1934) 13 R. du D. 157; Rinfret, T. *The Doctrine of Unjust Enrichment in the Law of Quebec*, (1937) 15 R. du B. Can. 331; Challies, G. S. *The Doctrine of Unjustified Enrichment in the Law of the Province of Quebec*, Montréal, 1952; Morel A. *op. cit.*; Baudouin, J. L. *Traité élémentaire de droit civil, Les Obligations*, 1970, aux pp. 215 à 229; Tancelin, M. A. *Théorie du droit des obligations*, 1975, aux pp. 310 à 318). Il ne se trouve plus personne pour contester la doctrine de l'enrichissement injustifié et l'on ne discute plus que de son fondement théorique et des conditions de son application. Enfin, on peut trouver, si nécessaire, le support législatif de cette doctrine soit dans les art. 1041 et 1042 C.c., soit dans les art. 1057 et 2613 C.c., selon que l'on tient par exemple qu'elle est fondée sur un quasi-contrat innommé ou bien sur la loi ou la coutume. On peut également trouver un tel support dans une extrapolation des multiples dispositions du *Code civil* qui n'en sont que des applications particulières. Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité:

«... notre Code, comme le Code civil français, a maintes fois appliqué cette maxime—la maxime de Pomponius—à des situations particulières, mais il ne l'a pas érigée en règle générale. J'ai admis, toutefois, la possibilité de dire que le législateur reconnaît son autorité, puisqu'il lui donne effet dans tous les cas d'application qu'il prévoit. Ne peut-on pas ajouter que, s'il avait prévu

⁷ Req. 16 juin 1892, D.P. 1892.1.596.

⁸ (1856), 6 L.C.R. 294.

⁹ (1857), 8 L.C.R. 113.

¹⁰ (1881), 26 L.C.J. 39.

he had contemplated other situations, and he sometimes lacks foresight, he would have applied it again". (Mignault, *op. cit.*, pp. 1971 and 1972).

IV—Conditions under which the theory of unjustified enrichment applies

Most authorities, but not all, recognized that an action for unjustified enrichment is subject to the existence of the following conditions:

1. an enrichment;
2. an impoverishment;
3. a correlation between the enrichment and the impoverishment;
4. the absence of justification;
5. the absence of evasion of the law;
6. the absence of any other remedy.

When these conditions are all present, the remedy is maintained for the lesser of the two amounts, the enrichment or the impoverishment.

Some authorities, however, while admitting that the action *de in rem verso* must not conflict with or vary established rules of written law, dispute the fifth condition, because in their opinion it is included in the fourth, absence of justification (Morel, A., *op. cit.*, p. 113).

Others do not accept the rule of subsidiarity contained in the sixth condition (Challies, G. S. *op. cit.*, p. 143).

It may be that these differences arise from the meaning and extension given to the fourth condition, which is the most complex, and to the rule of subsidiarity. In any case, it is really a matter for authors systematically to clarify these difficulties. The judge is bound by the issues before him, and does not extend his ruling beyond what is necessary to settle them.

V—Application of the theory of unjustified enrichment

In the case at bar, the disagreement between the parties and the divergence of opinion between the Superior Court and the majority in the Court of Appeal is mainly with respect to the fourth condi-

d'autres cas, et il manque quelquefois de prévision, il l'aurait appliquée encore?». (Mignault, *op. cit.* pp. 171, 172).

IV—Les conditions d'application de la doctrine de l'enrichissement injustifié

La plupart des autorités, mais non pas toutes, reconnaissent que le recours pour enrichissement injustifié est soumis à l'existence des conditions suivantes:

1. un enrichissement;
2. un appauvrissement;
3. une corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement;
4. l'absence de justification;
5. l'absence de fraude à la loi;
6. l'absence d'autre recours.

Lorsque ces conditions se trouvent réunies, le recours est maintenu pour la moindre des deux sommes, l'enrichissement ou l'appauvrissement.

D'aucuns, tout en admettant que l'action *de in rem verso* ne doit pas mettre en échec ni corriger des règles certaines du droit écrit, contestent quand même la cinquième condition parce qu'ils sont d'avis qu'elle est comprise dans la quatrième, l'absence de justification. (Morel, A. *op. cit.* p. 113).

D'autres rejettent la règle de subsidiarité contenue dans la sixième condition. (Challies, G. S. *op. cit.* p. 143).

Il se peut que ces différences soient inspirées par le sens et l'extension que l'on donne à la quatrième condition, qui est la plus complexe, et à la règle de subsidiarité. Quoi qu'il en soit, c'est plutôt à la doctrine qu'il appartient de clarifier systématiquement ces difficultés. Le juge dépend de la fortune des litiges et ne se prononce pas au-delà de ce qui est nécessaire pour les trancher.

V—L'application de la doctrine de l'enrichissement injustifié

Dans la présente cause c'est principalement au sujet de la quatrième condition qu'il y a désaccord entre les parties et divergence d'opinions entre la Cour supérieure et la majorité en Cour d'appel.

tion. Nevertheless, application of the first, fifth and sixth conditions also raises certain problems.

At first glance, there seems to be no doubt that Viger was enriched, since it obtained for the price of a vacant lot a lot improved to its specifications, without paying a cent for the levelling. It was therefore enriched by the value of the work necessary to improve the lot. The value of this enrichment greatly exceeds Giguère's claim: even if Giguère's action is maintained, Viger remains enriched by the fact that Giguère received a payment on account of \$75,000 and is only suing for a balance which is less than the value of the improvements. But, it may be said, Viger was enriched only if it is really the owner of the lot. If the contracts by which Viger purchased Jam's and Marcoux's lots are, as far as Viger is concerned, "vitiated by an unlawful consideration", as Rinfret J. stated in the Court of Appeal, can it not be maintained that they are null, and that Viger was not enriched, since it would then not be the owner of these lots? The late and lamented Gagnon J., dissenting in the court of Appeal, held that these contracts cannot be at the same time valid and null, valid as between the parties and null with respect to a third party. In this dilemma, he regarded the contracts as undisputed titles and, like the Superior Court, he saw in them the justification for Viger's enrichment. He did not mention Vallée's lot, however, which was sold directly by Plessisville to Viger. Vallée's lot, it is true, is much smaller and accounts for less than five percent of the total area.

It is in the interest of neither party to linger over this question; Giguère's action cannot be maintained if one of the conditions of unjustified enrichment is not fulfilled. As for Viger, it is hard to see what advantage it would gain from a declaration that its titles are void. In fact, Viger states in its brief that it believes these titles to be valid or that they should be [TRANSLATION] "deemed to be valid".

We are not required, for the purposes of this case, to rule on the validity of the three contracts of acquisition. Viger is in possession of the lot by

Néanmoins, l'application de la première, de la cinquième et de la sixième conditions soulève également certains problèmes.

A première vue, il ne paraît pas faire de doute que Viger s'est enrichie puisqu'elle a obtenu, pour le prix d'un terrain vague, un terrain aménagé à son gré sans avoir payé un cent pour le nivellement. Elle s'est donc enrichie de la valeur des travaux nécessaires à l'amélioration du terrain. La valeur de cet enrichissement excède largement la réclamation de Giguère: même si l'action de Giguère est maintenue, Viger reste enrichie du fait que Giguère a reçu un acompte de \$75,000 et ne demande plus qu'un solde inférieur à la valeur des améliorations. Mais, pourra-t-on dire, Viger ne s'est enrichie que si elle est véritablement propriétaire du terrain. Or si les contrats par lesquels Viger a fait l'acquisition des terrains Jam et Marcoux sont, en autant que Viger est concernée, «viciés par une cause illégale», comme l'écrit M. le juge Rinfret, en Cour d'appel, ne peut-on pas soutenir qu'ils sont nuls et que Viger ne s'est pas enrichie puisqu'alors elle n'est pas propriétaire de ces terrains? Monsieur le juge Gagnon, de regrettée mémoire, dissident en Cour d'appel, tient que ces contrats ne peuvent être à la fois valides et nuls, valides entre les parties, et nuls à l'égard des tiers. Dans ce dilemme, il tient ces contrats pour des titres incontestés et, comme la Cour supérieure, il y voit la justification de l'enrichissement de Viger.—Il ne mentionne pas cependant le terrain Vallée qui a été vendu directement par Plessisville à Viger. Le terrain Vallée, il est vrai, est beaucoup plus petit et compte pour moins de cinq pour cent de la superficie totale.

Aucune des deux parties n'a d'intérêt à s'attarder à cette question; l'action de Giguère en effet ne peut être maintenue si l'une des conditions de l'enrichissement injustifié n'est pas réalisée; quant à Viger on voit mal quel avantage elle retirerait d'une déclaration de la nullité de ses titres. En fait, Viger affirme dans son mémoire qu'elle croit ses titres valides ou qu'ils doivent être «tenus pour valides».

Nous ne sommes pas appelés, pour les fins de ce litige, à statuer sur la validité des trois contrats d'acquisition. Viger est en possession du terrain en

virtue of titles which were contested neither by Jam, Marcoux, Vallée, Plessisville, Giguère, nor, obviously, by Viger. Jam, Marcoux and Vallée were never parties to the suit and Plessisville no longer is. Viger in effect profits, as proprietor, from the improvements made by Giguère and is not entitled to avail itself of the fragility of titles that are not disputed. In any event, Viger is not contesting its enrichment: in its brief it only mentions it in the conditional; but it cannot be doubted that it is real, especially since Viger insists on the validity of its titles.

Giguère's impoverishment is equally certain. It is a material and positive impoverishment, that is, a reduction of its patrimony.

The correlation between Viger's enrichment and Giguère's impoverishment was readily and rightly recognized by the Court of Appeal. It was the same work, carried out by Giguère, that caused both events. The theory of unjustified enrichment does not require that the enrichment pass directly from the property of the impoverished to that of the enriched party (Mignault, *op. cit.*, at p. 165). The impoverished party looks to the one who profited from its impoverishment. It is then for the enriched party to find a legal justification for its enrichment.

It is on this last point, related to the fourth condition for unjustified enrichment, that there is a divergence of opinion between the Superior Court and the Court of Appeal. Viger seeks its justification in the contracts through which it acquired the lots. If it profited, it contends, this was not without cause, it was because of these contracts concluded directly with the owners, which gave it title to the lots in their existing condition. On this point, which if accepted is fatal to Giguère's case, Laliberté J. of the Superior Court and Gagnon J., dissenting in the Court of Appeal, ruled in favour of Viger, while Rinfret J. and Lajoie J. of the Court of Appeal ruled against it.

It is true that, when the enrichment occurs as the result of a contract concluded between the

vertu de titres qui n'ont été attaqués ni par Jam, ni par Marcoux, ni par Vallée, ni par Plessisville, ni par Giguère, ni, évidemment, par Viger. Jam, Marcoux et Vallée n'ont jamais été en cause et Plessisville ne l'est plus. Viger profite effectivement, à titre de propriétaire, des améliorations faites par Giguère et n'est pas recevable à faire état de la fragilité de titres qui ne sont pas contestés. D'ailleurs Viger ne conteste pas son enrichissement: dans son mémoire, elle n'en parle qu'au conditionnel. Mais on ne peut douter qu'il soit réel d'autant plus que Viger insiste sur la validité de ses titres.

L'appauvrissement de Giguère est également certain. Il s'agit d'un appauvrissement matériel et positif, c'est-à-dire d'une diminution de patrimoine.

La corrélation entre l'enrichissement de Viger et l'appauvrissement de Giguère a été reconnue facilement et à bon droit par la Cour d'appel. Ce sont les mêmes travaux, accomplis par Giguère, qui ont provoqué l'un et l'autre. La théorie de l'enrichissement injustifié n'exige pas que l'enrichissement passe directement du patrimoine de l'appauvri à celui de l'enrichi. (Mignault, *op. cit.* à la p. 165). L'appauvri recherche à qui son appauvrissement a profité. C'est à l'enrichi qu'il incombe alors de trouver une justification juridique de son enrichissement.

C'est sur ce dernier point, relatif à la quatrième condition de l'enrichissement injustifié, qu'il y a divergence d'opinions entre la Cour supérieure et la Cour d'appel. Viger cherche sa justification dans les contrats par lesquels elle a fait l'acquisition des terrains. Si elle s'est enrichie, soutient-elle, ce n'est pas sans cause mais à cause de ces contrats conclus directement avec les propriétaires et qui lui ont fait acquérir les terrains dans l'état où ils se trouvaient. Sur ce point qui, s'il réussit, est fatal à l'action de Giguère, M. le juge Laliberté de la Cour supérieure et M. le juge Gagnon, dissident en Cour d'appel, donnent raison à Viger tandis que M. le juge Rinfret et M. le juge Lajoie, de la Cour d'appel lui donnent tort.

Il est vrai que, lorsque l'enrichissement se produit à la suite d'un contrat passé entre l'enrichi et

enriched party and a third party, case law and authors generally treat this contract as justification for enrichment (*de Choudens*¹¹); *Vachon v. Deschesnes*¹²; *St. Pierre v. Lefebvre*¹³; *Dumberry v. Moquin*¹⁴. However, these are cases where the contract concluded between the enriched party and the third party expressly provided that improvements might be made to a building and disposed of them in advance to the enriched party. It appears that it can be otherwise if the enriched party has no special title that is good against the impoverished party, giving it the right to keep the improvements without paying for them, or if the improvements predate this title: *Gage Investment Inc. v. Ménard and Marge Construction Engineers Ltd.*¹⁵; *Belle-Isle Lumber Inc. v. Craft Finance Corp.*¹⁶, a judgment of the Court of Appeal, the reasons and judgment of which were approved by this Court¹⁷. It should be pointed out, however, that these latter decisions relate to the privilege of the builder and supplier of materials and their relevance to the question of unjustified enrichment is indirect. However, see Demogue's comment on *Boudier* (René Demogue, *Traité des Obligations*, 1923, vol. III, at p. 262).

In the case at bar, the contracts between Viger on the one hand, and Jam and Marcoux on the other, are remarkably silent on the improvements that Giguère was in the process of making to the lots sold the very day the contracts were signed. On that date the levelling work was practically finished.

In my opinion the contracts by which Viger acquired the lots from their owners do not constitute a justification for its enrichment, even if it is granted, for the purpose of discussion, that they suffice to give it a valid title to these lots and to the improvements Giguère made to them. First of all, these contracts do not have the cost of improvements as their object. Secondly, they are

un tiers, la jurisprudence et la doctrine, en règle générale, voient dans ce contrat une justification de l'enrichissement. (Arrêt *de Choudens*¹¹; *Vachon c. Deschesnes*¹²; *St. Pierre c. Lefebvre*¹³; *Dumberry c. Moquin*¹⁴. Mais il s'agit de cas où le contrat passé entre l'enrichi et le tiers prévoit explicitement que des améliorations peuvent être apportées à un immeuble et en dispose à l'avance en faveur de l'enrichi. Il semble qu'il puisse en aller différemment si l'enrichi n'a pas de titre spécial opposable à l'appauvri lui donnant le droit de garder les améliorations sans les payer, ou si les améliorations sont antérieures à ce titre: *Gage Investment Inc. c. Ménard et Marge Construction Engineers Ltd.*¹⁵; *Belle-Isle Lumber Inc. c. Craft Finance Corp.*¹⁶, un arrêt de la Cour d'appel dont les motifs et le dispositif furent approuvés par cette Cour¹⁷.—Il faut souligner cependant que ces derniers arrêts sont relatifs aux privilèges du constructeur et du fournisseur de matériaux et c'est indirectement qu'ils peuvent soulever la question de l'enrichissement injustifié. Voir néanmoins le commentaire de Demogue sur l'arrêt *Boudier*, René Demogue, *Traité des Obligations*, 1923, t. III, à la p. 262.

En l'instance, les contrats intervenus entre Viger d'une part, et Jam et Marcoux, d'autre part, sont remarquablement silencieux sur les améliorations que Giguère est justement en train d'apporter aux terrains vendus le jour même où ils sont conclus; à cette date, les travaux de nivellement sont presque terminés.

A mon sens, les contrats par lesquels Viger a fait l'acquisition des terrains de leurs propriétaires ne constituent pas une justification de son enrichissement même si, pour les fins de la discussion, l'on prend pour acquis qu'ils suffisent à lui donner un titre valable à ces terrains et aux améliorations que Giguère y a apportées: d'abord, ces contrats n'ont pas pour objet le coût des améliorations; ensuite,

¹¹ Req. February 12, 1923, D.P. 1923.1.64.

¹² (1935), 59 Que. Q.B. 193.

¹³ (1935), 61 Que. Q.B. 168.

¹⁴ [1959] C.S. 184.

¹⁵ (1931), 50 Que. Q.B. 315.

¹⁶ [1966] Que. Q.B. 135.

¹⁷ *Sub. nom.* Craft Finance v. Belle-Isle Lumber, [1966] S.C.R. 661.

¹¹ Req. 12 février 1923, D.P. 1923.1.64.

¹² (1935), 59 B.R. 193.

¹³ (1935), 61 B.R. 168.

¹⁴ [1959] C.S. 184.

¹⁵ (1931), 50 B.R. 315.

¹⁶ [1966] B.R. 135.

¹⁷ *Sub. nom.* Craft Finance c. Belle-Isle Lumber, [1966] R.C.S. 661.

not the real cause of Viger's enrichment and Giguère's impoverishment. The cause of this enrichment and impoverishment is the promise of aid made by Plessisville to Viger, a promise which is absolutely void. Consequently, Viger cannot treat it as the legal basis for its enrichment.

What enables us to distinguish between the transfer of the lots to Viger, including the improvements, and the obligation to pay the cost of these improvements, is the clearly expressed intention of the various parties to the suit to treat the two things separately.

It was Viger's and Plessisville's intention that the aid, that is the levelling of the lots without cost, to the benefit of Viger, was to be guaranteed by the agreements between these two parties rather than by Viger's contracts of acquisition, which were only a formal stage in implementing the plan to set up the factory and the contracts concluded between Plessisville and Viger. Care was taken to specify this clearly in the second agreement, signed on October 25 (P-15) after it was found necessary to alter the original plan, since the Town could not acquire Jam's and Marcoux's lots itself as they were outside its territorial limits. It was decided that Viger would purchase them directly from the respective owners. Not only was purchase of the lots by Viger not intended, by itself, to secure the subsidy, but it was apparently feared that the purchase would jeopardize it. Paragraph 3 of the second agreement (P-15), already cited, states that notwithstanding the fact that Viger will purchase directly from the owners Jam and Marcoux, Plessisville's commitment to have the lot levelled at its own cost will remain in effect.

The intention of the owners Jam and Marcoux could not bear upon the cost of the improvements made by the levelling work. For them there was no question of this. The work was carried out by order of Plessisville, which was in possession of the lots by virtue of the promises, and which also had the right by virtue of the same promises to designate a purchaser other than itself. For Jam and Marcoux

ce ne sont pas eux qui sont la cause véritable de l'enrichissement de Viger et de l'appauvrissement de Giguère: la cause de cet enrichissement et de cet appauvrissement, c'est la promesse de subvention faite par Plessisville à Viger, promesse qui est radicalement nulle et dont, par conséquent, Viger ne saurait faire la cause juridique de son enrichissement.

Ce qui nous permet de distinguer entre le transfert des terrains à Viger, y compris les améliorations, et l'obligation de payer le coût de ces améliorations, c'est l'intention clairement manifestée par les diverses parties en cause de traiter des deux choses distinctement.

Dans l'intention de Viger et de Plessisville, la subvention—*i.e.* le nivellement des terrains sans frais au profit de Viger—devait être assurée par les conventions entre ces deux parties plutôt que par les contrats d'acquisition de Viger qui ne constituent qu'une étape formelle dans la mise en œuvre du projet d'implantation de l'usine et des conventions conclues entre Plessisville et Viger. On a pris soin de bien le préciser dans la deuxième convention signée le 25 octobre (P-15) après qu'il se fût avéré nécessaire de modifier le plan initialement envisagé, la Ville ne pouvant acquérir elle-même les terrains Jam et Marcoux puisqu'ils se trouvaient à l'extérieur de ses limites territoriales: il fut décidé que Viger les achèterait directement des propriétaires respectifs. Non seulement l'acquisition des terrains par Viger ne visait pas par elle-même, dans le contexte, à lui procurer la subvention, mais il semble qu'on ait craint qu'elle la mette en péril. L'article 3 déjà cité de la deuxième convention, (P-15) porte en effet que nonobstant le fait que Viger achètera directement des propriétaires Jam et Marcoux, l'engagement de Plessisville de faire niveler le terrain à ses frais demeurera en vigueur.

L'intention des propriétaires Jam et Marcoux n'a également pas pu porter sur le coût des améliorations effectuées par les travaux de nivellement. Pour eux il n'en n'était pas question: ces travaux étaient exécutés sous les ordres de Plessisville qui était en possession des terrains en vertu des promesses et qui avait également le droit en vertu des mêmes promesses de désigner un acquéreur autre

it was simply a matter of transferring the property as agreed and according to the terms of the promise. The price stipulated is the one that had been set in the promises of sale, without taking into account the state of the lots on the day the sale agreements were signed. This was also the case with the contract concluded between Viger and Plessisville regarding the Vallée lot except that, if the parties' intention was to exempt Viger from paying for the improvements, this intention had an illegal *pro tanto*.

Viger's contracts to purchase the lots thus have an object other than the cost of improvements; further, the cause of Viger's enrichment and Giguère's impoverishment is not to be found in these contracts—except by separating them artificially from the project as a whole.

The Superior Court held that Giguère's misfortune resulted from the fact that it entered into a null contract with Plessisville, without making sure that the formalities required by law were observed. With respect, I cannot, in view of the circumstances of this case, subscribe to this proposition, which has only superficial merit. It is important to compare the contract concluded between Giguère and Plessisville on August 25, 1966 with the contracts concluded between Viger and Plessisville on August 10 (DP-4) and October 25, 1966 (P-15), in order to perceive their relationships and appreciate the nature of their invalidity. The contract concluded between Giguère and Plessisville is not intrinsically null, as the law clearly does not prohibit towns from having municipal works carried out by contractors. It only makes their contracts subject, on penalty of invalidity, to formalities, the purpose of which is to protect their ratepayers and enable the government to exercise control over their affairs. On the other hand, the contracts concluded between Viger and Plessisville (DP-4 and P-15) are null because the law states that municipal subsidies are contrary to public policy. This latter invalidity does not depend on non-compliance with a formality. It is inherent to such agreements and no administrative authorization could cover it. Accordingly, neither the Municipal

qu'elle-même. Pour Jam et Marcoux il s'agissait tout simplement de transférer la propriété des fonds de terre comme ils s'étaient engagés à le faire et aux conditions de la promesse. Le prix stipulé est celui qui était fixé dans les promesses de vente, sans que l'on prenne en considération l'état des terrains au jour de la passation des actes de vente. Il en va de même du contrat intervenu entre Viger et Plessisville relativement au terrain Vallée sauf que, si l'intention des parties était de dispenser Viger de payer pour les améliorations, il s'agissait d'une volonté ayant *pro tanto*, un objet illégal.

Les contrats d'acquisition des terrains par Viger ont donc un objet autre que le coût des améliorations; de plus, ce n'est pas dans ces contrats qu'il faut chercher—sauf en les séparant artificiellement de l'ensemble du projet—la cause de l'enrichissement de Viger et de l'appauvrissement de Giguère.

La Cour supérieure tient que l'infortune de Giguère résulte de ce qu'elle a passé un contrat nul avec Plessisville sans s'assurer que l'on observe les formalités requises par la loi. Avec respect, je ne puis, compte tenu des circonstances de cette cause, souscrire à cette proposition qui n'a de mérite qu'en apparence. Il importe en effet de mettre en regard d'une part le contrat conclu entre Giguère et Plessisville le 25 août 1966 et d'autre part les conventions intervenues entre Viger et Plessisville les 10 août (DP-4) et 25 octobre 1966 (P-15) pour apercevoir leurs rapports et pour apprécier le caractère de leur nullité. Le contrat conclu entre Giguère et Plessisville n'est pas nul par nature car la loi n'interdit évidemment pas aux villes de faire accomplir des travaux municipaux par des entrepreneurs. Elle assujettit seulement leurs contrats, sous peine de nullité à des formalités qui ont pour but, entre autres, de protéger leurs contribuables et de permettre au gouvernement d'exercer un pouvoir de contrôle sur leurs affaires. Par ailleurs, les conventions intervenues entre Viger et Plessisville, (DP-4 et P-15) sont nulles parce que la loi déclare contraires à l'ordre public les subventions municipales. Cette dernière nullité ne dépend pas de l'inobservation d'une formalité. Elle est inhérente à ces conventions et aucune autorisation administrative ne saurait la couvrir. Ni la Com-

Commission nor the Minister of Municipal Affairs could give their approval, either before or after the fact, to loan by-law No. 353, which was intended to pay Giguère, or to any other similar by-law, since they would, in this roundabout way, have ratified and made apparently possible the aid which Viger was seeking, and which the law prohibited. It follows that the reason why Giguère could not be paid by Plessisville with the authorization of the Quebec Government was the illegality of the agreements between Viger and Plessisville, agreements which Giguère had absolutely nothing to do with, and the invalidity of which cannot be imputed to it. It seems to me, therefore, that the objection made to Giguère's claim in reality turns against Viger. In fact, Viger's enrichment and Giguère's impoverishment have a common origin in the agreements made between Plessisville and Viger, and this origin, far from constituting a justification, is clearly unlawful with respect to Viger. Plessisville's gratuity to Viger was merely paid by Giguère. It was illegal for Viger to be enriched at the expense of the ratepayers of Plessisville, even with Plessisville's consent as had been agreed. It was enriched nevertheless, despite this illegality, but at Giguère's expense. It is unjust and unlawful that a third party should have to bear the cost of an illegality of which it is innocent.

It cannot be claimed, as Viger contends, and as was upheld by the Superior Court, that Giguère is by its action trying to circumvent positive law, relying as he does on a claim based on a null contract. This objection would have to be considered if Giguère were suing Plessisville: but it was Viger that was enriched, and I do not see what provision of the law is circumvented if Giguère's action is allowed against Viger.

There remains the subsidiary nature of Giguère's action. I do not think it necessary to comment on the existence of this condition of the action for unjustified enrichment. The least that can be said is that Giguère tried to satisfy the condition by bringing its action against not only Viger, but Plessisville and the Cooperative as well.

mission municipale ni le ministre des Affaires municipales ne pouvaient donc donner, d'avance ou après le fait, leur approbation au règlement d'emprunt n° 353 destiné à payer Giguère ou à aucun autre règlement similaire car ils auraient par ce détour entériné et rendu apparemment possible la subvention que Viger recherchait mais que la loi interdit. Il s'ensuit que la véritable raison pour laquelle Giguère n'a pu être payée par Plessisville avec l'autorisation de Québec c'est l'illégalité des conventions intervenues entre Viger et Plessisville, conventions auxquelles Giguère est totalement étrangère et dont on ne peut lui imputer la nullité. Il me paraît donc que cette objection faite à la réclamation de Giguère se retourne en réalité contre Viger. L'enrichissement de Viger, en effet, comme l'appauvrissement de Giguère, ont une origine commune dans les conventions passées entre Plessisville et Viger et cette origine, bien loin de constituer une justification, est clairement illégitime quant à Viger. La gratification de Plessisville à Viger a tout simplement été payée par Giguère. Il était illégal que Viger s'enrichisse aux dépens des contribuables de Plessisville même avec le consentement de Plessisville comme il avait été convenu. Elle a réussi à s'enrichir quand même, nonobstant cette illégalité, mais aux dépens de Giguère. Il est injuste et illégitime que ce soit un tiers qui fasse les frais d'une illégalité dont il est innocent.

On ne peut pas prétendre, comme le soutient Viger, et comme le retient la Cour supérieure, que Giguère cherche à contourner le droit positif par son recours, en invoquant une créance fondée sur un contrat nul. Il faudrait prendre cette objection en considération s'il s'agissait d'un recours de Giguère contre Plessisville. Mais c'est Viger qui s'est enrichie et je ne vois pas quelle disposition de la loi se trouve contournée si le recours de Giguère est maintenu contre cette dernière.

Reste le caractère de subsidiarité du recours de Giguère. Je ne crois pas nécessaire de me prononcer sur l'existence de cette condition du recours en enrichissement injustifié. Le moins que l'on puisse dire c'est que Giguère a tenté d'y satisfaire en poursuivant non seulement Viger mais également Plessisville et la Coopérative. Personne ne lui a fait

No one complained of its abandoning its proceedings against these two parties, and it may be wondered whether Viger would not have had an equal interest in continuing them by bringing itself an appeal. During the pleading, it was asked whether Giguère would have had a personal action for damages against the members of the Plessisville municipal council. None of the defendants complained of Giguère's not having brought an action against them, and none of the lower courts discussed the question. I doubt that the subsidiary nature of the action *de in rem verso*, if it exists, requires the court hearing the action to calculate the chances of success of an action for damages that the impoverished party might have brought against a party other than the enriched party, and to conjecture as to the possibility of executing a judgment thus obtained, if any. It would at least be necessary, for it to be so, that this other remedy be more apparent than it is in this case. In fact, the only objection relating to subsidiarity that Viger formulates against Giguère's claim is the following: if Giguère had been diligent, it could have registered a builder's privilege against the buildings, and it would have had a remedy based on its privilege without having to rely on the theory of unjustified enrichment. However, this objection does not withstand analysis. Either the privilege is the accessory of an invalid claim, that is, Giguère's claim against Plessisville; or, if it is possible, the privilege attaches to the claim that performance of the work created against Viger, the owner of the lots, by virtue of the theory of unjustified enrichment. In the first case, the privilege is null. In the second, Viger cannot complain that Giguère presented itself as a general creditor rather than as a preferred creditor.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Lizotte, Grignon & Robert, Granby, Que.

Solicitors for the respondents: Vézina, Sheehan, Pouliot, L'Écuyer & Morin, Quebec.

le reproche d'abandonner ses procédures contre ces deux parties et l'on peut se demander si Viger n'aurait pas eu un intérêt égal à les continuer en interjetant elle-même appel. Durant la plaidoirie, la question s'est posée de savoir si Giguère aurait disposé d'un recours personnel en dommages-intérêts contre les membres du conseil municipal de Plessisville. Aucune des défenderesses n'a reproché à Giguère de ne pas les avoir poursuivis et aucune des cours inférieures ne discute de la question. Je doute que le caractère de subsidiarité de l'action *de in rem verso*, s'il existe, aille jusqu'à imposer à la cour qui est saisie de l'action de supputer les chances de succès d'un recours en dommages que l'appauvri aurait peut-être pu tenter à un autre que l'enrichi, et de faire des conjectures sur la possibilité d'exécuter un jugement ainsi obtenu, s'il en est. A tout le moins faudrait-il, pour que l'on s'y arrête, que la disponibilité d'un tel autre moyen soit plus manifeste qu'elle ne l'est dans la présente cause. A vrai dire, la seule objection reliée à la subsidiarité que Viger formule à l'encontre de la réclamation de Giguère est la suivante: si Giguère avait été diligente, elle aurait pu enregistrer un privilège de constructeur contre les immeubles et elle aurait disposé d'un recours fondé sur son privilège sans devoir invoquer la théorie de l'enrichissement injustifié. Cette objection ne résiste pas à l'analyse. Ou bien le privilège est l'accessoire d'une créance nulle, soit la créance de Giguère contre Plessisville. Ou bien, si c'est possible, il s'est attaché à la créance que l'exécution des travaux a fait naître contre Viger, titulaire des terrains, en vertu de la théorie de l'enrichissement injustifié. Dans la première hypothèse, le privilège est nul. Dans la seconde, Viger ne peut reprocher à Giguère de se présenter comme créancière chirographaire plutôt que comme créancière privilégiée.

Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Lizotte, Grignon et Robert, Granby, Qué.

Procureurs des intimés: Vézina, Sheehan, Pouliot, L'Écuyer et Morin, Québec.

Her Majesty the Queen *Appellant*;

and

John Peter Hamm *Respondent*.

1976: February 24; 1976: April 1.

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

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

Motor vehicles — Breathalyzer — Certificate of analysis — Notice of intention to produce — “Reasonable notice” — Notice given immediately after breathalyzer test — Finding at trial that accused was intoxicated when notice was given — Validity of notice given prior to information being laid — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237.

Respondent was acquitted on a charge under s. 236 of the *Criminal Code* that he had control of a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that his blood-alcohol level exceeded 0.08. The Crown appealed by way of stated case. Respondent had been stopped by a police officer who formed the opinion that he was impaired. He accompanied the constable and within the two hour time limit, was given a breathalyzer test. On the completion of the test he was served with a written notice of intention to produce the technician's certificate at his trial and a copy of the certificate. The certificate was produced at trial and indicated a blood-alcohol level of 0.18, however the trial judge concluded that at the time of service of the notice respondent was “intoxicated” and for this reason dismissed the charge. The Appeal Division dismissed the subsequent appeal by the Crown.

Held (Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. *dissenting*): The appeal should be allowed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ: It was only after the trial judge had seen the high blood-alcohol level as stated on the certificate that he could have held that by reason of intoxication respondent was not a person on whom reasonable notice could be given in terms of s. 237(5). There was no indication that any evidence whatever was called to describe respondent's condition at the time he was served with the notice. The effects of the consumption of alcohol vary from individual to individual depending on a number of factors and the presumption of respondent

Sa Majesté la Reine *Appelante*;

et

John Peter Hamm *Intimé*.

1976: le 24 février; 1976: le 1^{er} avril.

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

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

Véhicules automobiles — Ivressomètre — Certificat d'analyse — Avis de l'intention de produire ce certificat — «Avis raisonnable» — Avis donné immédiatement après le test de l'ivressomètre — En première instance, l'accusé a été déclaré ivre au moment où l'avis lui a été signifié — Validité d'un avis signifié avant que ne soit faite la dénonciation — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 236 et 237.

L'intimé a été acquitté de l'accusation d'avoir eu le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'il avait consommé une quantité d'alcool telle que son taux d'alcoolémie dépassait 0.08, contrairement à l'art. 236 du *Code criminel*. Le ministère public a interjeté appel par voie d'exposé de cause. L'intimé avait été arrêté par un agent de police qui conclut que l'intimé était en état d'ivresse. Ce dernier suivit l'agent et subit le test de l'ivressomètre dans le délai prescrit de deux heures. Après avoir subi le test, on lui signifia un avis écrit de l'intention de produire à son procès le certificat du technicien qualifié, accompagné d'une copie de ce certificat. Le certificat effectivement produit au procès indiquait un taux d'alcoolémie de 0.18; toutefois, le juge de première instance a conclu que l'intimé était «ivre» au moment de la signification de l'avis et il l'a acquitté pour ce motif. L'appel subséquent logé par le ministère public devant la Division d'appel a été rejeté.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson *étant dissidents*): Le pourvoi doit être accueilli.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré: C'est seulement après avoir constaté la proportion élevée d'alcool dans le sang, révélée par le certificat, que le juge de première instance a été en mesure de statuer qu'en raison de son ivresse, l'intimé n'était pas une personne à qui l'on pouvait donner l'avis raisonnable prescrit au par. 237(5). Rien n'indique qu'on ait présenté une preuve quelconque de son état au moment de la signification de l'avis. Les effets de l'alcool varient d'un individu à l'autre selon certains facteurs et l'examen des résultats de l'analyse du technicien

having understood what was going on was not rebutted by consideration of the certificate of analysis. The certificate was however in the circumstances conclusive that respondent's blood-alcohol level exceeded the prescribed limit.

Per Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ., dissenting: The reasonableness of the notice contemplated by s. 237(5) is a question of fact. The determination by the trial judge as to whether the notice was reasonable or not should not therefore be interfered with unless the decision reflects some error in principle. There was evidence upon which the trial judge could conclude that at the time of service respondent was intoxicated. The stated case disclosed the almost classical signs of intoxication, the constable had testified that the respondent was intoxicated when the test was taken and the certificate showed that the blood-alcohol level was 0.18.

Per Spence J., dissenting: The stated case also disclosed that the notice and copy certificate were given to respondent prior to an information being laid. Section 237(5) provides that a certificate is only admissible if the party intending to produce it has "before the trial" given to the "accused" reasonable notice of his intention. At the relevant time there was no "accused" nor could it be said that a trial was in contemplation, as the words "before the trial" imply. As s. 237, particularly s. 237(1)(f) enables the Crown to short circuit the proof of the major element of the offence by the production of a certificate its provisions should be strictly construed.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division¹, dismissing an appeal by the Crown by way of stated case from an acquittal on a charge under s. 236 of the *Criminal Code*. Appeal allowed, Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. dissenting.

Gordon Gale and Terry Cooper, for the appellants.

J. T. MacQuarrie, Q.C., and *Joel Pink*, for the respondent.

¹ (1974), 16 C.C.C. (2d) 394.

ne peut repousser la présomption que l'intimé comprenait ce qui se passait. Par ailleurs, le certificat du technicien indiquait clairement, dans les circonstances, que la quantité d'alcool dans le sang de l'intimé dépassait les limites établies.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson, dissidents: Le caractère raisonnable de l'avis mentionné au par. 237(5) constitue une question de fait. La décision du juge de première instance sur le caractère raisonnable de l'avis ne devrait donc pas être modifiée à moins qu'elle ne comporte une erreur de droit. Il disposait sûrement d'éléments de preuve qui pouvaient lui permettre de conclure que l'intimé était ivre au moment de la signification du certificat. L'exposé de cause révélait que l'intimé montrait les symptômes presque classiques d'ivresse, que l'agent de police avait déclaré, au cours de son témoignage, que les facultés de l'intimé étaient affaiblies au moment du test, et que le certificat indiquait un taux d'alcoolémie de 0.18 g.

Le juge Spence, dissident: L'exposé de cause révèle également que l'avis et la copie du certificat ont été signifiés à l'intimé avant qu'aucune dénonciation n'ait été faite. Le paragraphe 237(5) édicte qu'un certificat n'est pas admissible en preuve à moins que la partie qui a l'intention de le produire n'ait, «avant le procès», donné au «prévenu» un avis raisonnable de son intention. A l'époque en cause, il n'y avait pas de «prévenu» et on ne pouvait pas dire qu'un procès était envisagé comme le suppose l'expression «avant le procès». L'article 237, en particulier son al. (1)f), facilite au ministère public la preuve de l'élément principal de l'infraction en l'autorisant à produire simplement un certificat; cet article doit donc être interprété strictement.

POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse¹, rejetant l'appel interjeté par le ministère public par voie d'exposé de cause contre un verdict d'acquiescement prononcé sur une accusation portée en vertu de l'art. 236 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson étant dissidents.

Gordon Gale et Terry Cooper, pour l'appelante.

J. T. MacQuarrie, c.r., et *Joel Pink*, pour l'intimé.

¹ (1974), 16 C.C.C. (2d) 394.

The judgment of Laskin C.J. and Dickson J. was delivered by

DICKSON J. (*dissenting*)—I have had an opportunity of reading the reasons prepared for delivery in this appeal by Mr. Justice Spence. I agree with him that the reasonableness of the notice contemplated by s. 237(5) of the *Criminal Code* is a question of fact for the magistrate and that there was evidence upon which the magistrate in the present case could properly conclude that service of the notice provided for in s. 237(1)(f) had not been reasonable under the provisions of s. 237(5). I am content to rest my judgment upon that ground alone and I express no opinion upon the second ground relied upon by Mr. Justice Spence, namely, that at the time of service Hamm could not be said to have been an "accused" within the meaning of s. 237(1)(f).

I would dismiss the appeal.

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

RITCHIE J.—This is an appeal by the Crown brought with leave of this Court from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia whereby that Court directed that a negative answer should be given to the following question posed by His Honour E. D. Murray in a case stated at the instance of the Crown arising out of his having ordered the acquittal of the respondent on a charge under s. 236 of the *Criminal Code*:

Did I err in law in holding that the Respondent should be acquitted by reason of the evidence of his intoxication at the time that he was served with a Notice of the Crown's intention to produce the certificate of the qualified technician at his trial?

As I have indicated, the charge against the accused was that he:

Did unlawfully have the 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, contrary to Section 236 of the *Criminal Code*; . . .

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Dickson a été rendu par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs du juge Spence avant qu'ils soient rendus. Je conviens avec lui que le caractère raisonnable de l'avis dont il est question au par. (5) de l'art. 237 du *Code criminel* constitue, pour le magistrat, une question de fait et qu'il existe des éléments de preuve qui lui permettent en l'espèce de conclure que la signification de l'avis prévue à l'al. f) du par. (1) de l'art. 237 n'a pas été raisonnable aux termes des dispositions du par. (5) de l'art. 237. Il me suffit de fonder ma décision sur ce seul motif et je ne me prononce pas sur le second motif sur lequel s'appuie le juge Spence, à savoir qu'au moment de la signification Hamm n'était pas un «prévenu», au sens de l'al. f) du par. (1) de l'art. 237.

Je rejeterais le pourvoi.

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

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi du ministère public avec l'autorisation de cette Cour, à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Celle-ci décidait de répondre par la négative à la question posée par le juge E. D. Murray dans un exposé de cause présenté à la demande du ministère public, à la suite de l'acquiescement de l'intimé, inculpé en vertu de l'art. 236 du *Code criminel*:

[TRADUCTION] Ai-je fait une erreur de droit en statuant que l'intimé devait être acquitté parce que la preuve démontre qu'il était ivre lorsque lui a été signifié un avis que le ministère public avait l'intention de produire à son procès le certificat du technicien qualifié?

Comme je l'ai indiqué, l'accusé était inculpé:

[TRADUCTION] d'avoir illégalement eu le contrôle d'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*; . . .

As in all such cases we are confined, as was the Appeal Division, to the facts as they are recited in the stated case. These disclose that at 10 p.m. on the 20th of December, 1973, the respondent was driving a motor vehicle in the City of Halifax when a police officer caused the vehicle to stop and demanded that the respondent accompany him to the police station "for a breathalyzer test".

The observations of the constable immediately before and at the time of his giving this demand are described in the stated case as follows:

He observed a motor vehicle, the driver of which was repeatedly blowing the horn apparently in an effort to cause a taxi parked in front of him to move. The Constable caused the vehicle to stop, found the Respondent to be the driver and observed the Respondent to exhibit certain physical signs usually associated with intoxication by alcohol, including certain difficulties in obtaining his driver's license from his wallet, an odour of alcohol emanating [sic] from the breath and unsteadiness on his feet. *As a result of these observations the Constable formed the opinion that the Respondent was impaired . . .*

The Respondent accompanied the officer and a breathalyzer test was performed within the two hour time limit provided by subsection 237(1)(c) of the *Criminal Code*. *A certificate of a qualified technician made pursuant to subsection 237(1)(f) of the Criminal Code was introduced into evidence.* The certificate stated that at the time of the test the Respondent's blood contained 180 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood.

Upon the completion of the breathalyzer tests the Respondent was released in the custody of another individual. Just prior to his being released, the Respondent was served with a written notice of intention to produce the certificate of the qualified technician as to the results of the last breathalyzer test at his trial together with a copy of the certificate. (Italics are my own).

The learned trial judge concluded with the following finding:

At the time this service was accomplished, the Respondent was according to the evidence, 'intoxicated.'

The decision of the trial judge was in the following terms:

Comme dans tous les cas semblables, nous nous en tenons, tout comme la Division d'appel, aux faits relatés dans l'exposé de cause que voici. Le 20 décembre 1973, à 22 h, l'intimé conduisait un véhicule à moteur dans la ville de Halifax, lorsqu'un agent le fit arrêter et le somma de le suivre au poste de police pour subir le «test de l'ivressomètre».

Les observations de l'agent, précédant immédiatement cette sommation et au moment même où il la fit, sont décrites dans l'exposé de cause comme suit:

[TRADUCTION] Il remarqua une automobile dont le conducteur klaxonnait sans arrêt afin, semble-t-il, de faire avancer un taxi stationné devant lui. L'agent fit arrêter la voiture, constata que l'intimé était au volant et remarqua qu'il présentait certains symptômes normalement liés à l'ivresse: il avait notamment de la difficulté à retirer son permis de conduire de son portefeuille, son haleine sentait l'alcool et il titubait. *Compte tenu de ces observations, l'agent conclut que les facultés de l'intimé étaient affaiblies . . .*

L'intimé suivit l'agent et subit le test de l'ivressomètre dans le délai de deux heures prescrit à l'al. c) du par. (1) de l'art. 237 du *Code criminel*. *Un certificat rédigé par un technicien qualifié conformément à l'al. f) du par. (1) de l'art. 237 du Code criminel fut produit en preuve.* Le certificat établit qu'au moment du test, le sang de l'intimé contenait 180 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang.

Après avoir subi le test de l'ivressomètre, l'intimé fut relâché sous la garde d'une autre personne. Juste avant de le relâcher, on lui signifia un avis écrit de l'intention de produire à son procès le certificat du technicien qualifié, document attestant les résultats du test de l'ivressomètre qu'il venait de subir, accompagné d'une copie de ce certificat. (C'est moi qui ai mis en italique).

Le savant juge de première instance conclut de la façon suivante:

[TRADUCTION] Selon la preuve, l'intimé était «ivre» au moment de cette signification.

Voici le libellé de la décision du juge de première instance:

DECISION:

As a consequence of the Respondent having been served with the document referred to above, while he was intoxicated, I dismissed the charge against him on the basis that the service was for that reason improper.

The provisions of s. 237(1)(f) of the *Criminal Code* pursuant to which the certificate of the qualified technician was made provides, in part:

237. (1) In any proceedings under section 234 or 236, ...

(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 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 result of the chemical analysis so made, and

(iii) if the sample was taken by him,

(B) the time when and place where the sample ... 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.

It is, however, provided by s. 237(5) that:

(5) No certificate shall be received in evidence pursuant to paragraph (1)(d), (e) or (f) unless the party intending to produce it has, before the trial, given to the accused reasonable notice of his intention together with a copy of the certificate.

The learned trial judge makes no reference to the latter subsection anywhere in the stated case, but I think that the acquittal of the respondent "by reason of the evidence of his intoxication at the time when he was served" with the notice thereby required, carries with it the meaning that there was a failure to give "reasonable notice" as required by s. 237(5) and that the technician's certificate could therefore not be "received in evidence pursuant to para. 237(1)(f)".

[TRADUCTION] DÉCISION:

Comme le document susmentionné a été signifié à l'intimé alors qu'il était ivre, je l'acquitte parce que cette signification était, de ce fait, irrégulière.

Les dispositions de l'al. f) du par. (1) de l'art. 237 du *Code criminel* en vertu duquel le technicien qualifié a établi le certificat prévoient notamment que:

237. (1) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234 ou 236, ...

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 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,

(B) le temps et le lieu où l'échantillon et un spécimen ... 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.

Toutefois, le par. (5) de l'art. 237 précise que:

(5) Aucun certificat ne doit être reçu en preuve en conformité de l'alinéa (1)d), e) ou f) à moins que la partie qui a l'intention de le produire n'ait, avant le procès, donné au prévenu un avis raisonnable de son intention, accompagné d'une copie du certificat.

Le savant juge de première instance ne mentionne ce paragraphe nulle part dans l'exposé de cause. Toutefois, je crois que l'acquiescement de l'intimé [TRADUCTION] «parce que la preuve démontre qu'il était ivre lorsque lui a été signifié» l'avis exigé emporte également le défaut de lui donner «un avis raisonnable», prévu au par. (5) de l'art. 237, et que le certificat du technicien ne pouvait donc être «reçu en preuve en conformité de l'al. f) du par. (1) de l'art. 237».

This is obviously the construction placed upon the finding by Chief Justice MacKeigan speaking on behalf of the Appeal Division, as is indicated by the fact that he described the trial judge's decision as

... holding that the respondent had not been given reasonable notice; that s. 237(5) had not been complied with, and that the analyst's certificate could not be admitted in evidence.

The stated case, however, discloses that the certificate "was introduced into evidence", and I think it can therefore be concluded that the trial judge did not consider the police constable's evidence of impairment to be a bar to its admissibility, which indicates to me that it was only after he had seen the high proportion of alcohol to blood which the certificate disclosed that the judge was able to hold that by reason of his intoxication, the respondent was not a person upon whom reasonable notice could be given as required by s. 237(5).

There can be no doubt that the certificate established that the accused had committed an offence under s. 236, but I think it to be common knowledge that the effects of the consumption of alcohol vary from individual to individual depending on a number of factors and with all respect to the learned trial judge, I do not think that he was justified in finding that the certificate also established that this particular individual, *i.e.*, the respondent, was so intoxicated at the time of service as to be incapable of being served with reasonable notice.

The only evidence as to the effect on him of the alcohol which the respondent had consumed in such quantity is that when he was stopped on the roadway "the constable formed the opinion that the respondent was impaired", and there is no indication that any evidence whatever was called to describe his condition at the time when he was served with the notice. It is not without significance, in my view, that the individual into whose custody he was released after having taken the breathalyzer test does not appear to have testified as to his impression of the respondent. There is therefore, in my view, no evidence that the respondent's condition at the time when he was

Il est évident que le juge en chef MacKeigan interprète la conclusion de cette façon lorsque, parlant au nom de la Division d'appel, il décrit la décision du juge de première instance comme

[TRADUCTION] ... statuant que l'intimé n'avait pas reçu «un avis raisonnable», que l'on ne s'était pas conformé au par. (5) de l'art. 237 et que le certificat de l'analyste ne pouvait être reçu en preuve.

Cependant, l'exposé de cause révèle que le certificat [TRADUCTION] «a été produit en preuve» et j'estime qu'on peut donc conclure que le juge de première instance n'a pas considéré la preuve d'ivresse présentée par l'agent comme un obstacle à sa recevabilité. A mon avis, cela indique que c'est seulement après avoir constaté la proportion élevée d'alcool dans le sang, révélée par le certificat, que le juge a été en mesure de statuer qu'en raison de son ivresse, l'intimé n'était pas une personne à qui on pouvait donner l'avis raisonnable prescrit au par. (5) de l'art. 237.

Le certificat établit indubitablement que l'accusé avait commis une infraction aux termes de l'art. 236; toutefois, il est généralement admis que les effets de l'alcool varient d'un individu à l'autre selon certains facteurs. Malgré le respect que je porte au juge de première instance, je ne crois pas qu'il a eu raison de conclure que le certificat établissait également que cette personne, *c.-à-d.* l'intimé, était si ivre au moment de la signification qu'on ne pouvait lui signifier un avis raisonnable.

La seule preuve des effets que la consommation d'une si grande quantité d'alcool a eu sur l'intimé, est que, lorsque l'agent l'a arrêté sur la route, il [TRADUCTION] «conclut que les facultés de l'intimé étaient affaiblies». Rien n'indique qu'on ait présenté une preuve quelconque de son état au moment de la signification de l'avis. Il n'est pas sans importance, à mon avis, que la personne à qui l'intimé fut confié après le test de l'ivressomètre ne semble pas avoir témoigné pour donner ses impressions sur l'état de l'intimé. En conséquence, il n'y a à mon sens aucune preuve qu'au moment de la signification de l'avis, l'intimé était dans un état d'ivresse tel que la signification de l'avis serait

served with the notice was, by reason of intoxication, such as to make that service improper. It is not necessary for the purposes of this appeal to make any finding as to the propriety or otherwise of effecting service of such a notice on a man who has been shown to have been in a more advanced stage of intoxication at the time of service than the respondent was in the present case and I make no such finding.

The respondent was served with the necessary notice under subs. (5) and I do not consider that the presumption of his having understood what was going on can be rebutted by a consideration of the result of the technician's analysis.

On the other hand, I am of opinion that the technician's certificate which "was introduced into evidence" speaks for itself as to the proportion of alcohol in the respondent's blood having exceeded the limits fixed by s. 236.

I would accordingly allow this appeal, answer the question posed by the learned judge in the affirmative, and direct that a conviction be entered for the offence with which the respondent was charged.

SPENCE J. (*dissenting*)—This is an appeal from the judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia pronounced on May 2, 1974. By that judgment, the said Appeal Division held, in answer to a stated case submitted by the Magistrate, that he did not err in holding that the respondent should be acquitted by reason of the evidence of his intoxication at the time he was served with a notice of the Crown's intention to produce the certificate of the qualified technician at trial.

The circumstances on which this appeal comes forward are as follows.

The respondent John Peter Hamm was acquitted by the learned magistrate, E. D. Murray, on March 22, 1974 upon the charge that he did have 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, contrary to s. 236 of the *Criminal Code*. At the request of the

irrégulière. Il est inutile, aux fins de ce pourvoi, de se prononcer sur l'opportunité de signifier pareil avis à un homme qui, au moment de la signification, aurait été dans un état d'ébriété plus avancé que l'intimé en l'espèce, et je m'abstiens de le faire.

On a signifié à l'intimé l'avis requis par le par. (5) et je ne crois pas qu'un examen des résultats de l'analyse du technicien puisse repousser la présomption qu'il comprenait ce qui se passait.

Par ailleurs, je suis d'avis que le certificat du technicien qui «fut produit en preuve» indique clairement que la quantité d'alcool dans le sang de l'intimé dépassait les limites établies par l'art. 236.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de répondre par l'affirmative à la question posée par le savant juge et de déclarer l'intimé coupable de l'infraction dont il est inculpé.

LE JUGE SPENCE (*dissentant*)—Ce pourvoi est à l'encontre de l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse rendu le 2 mai 1974. Elle y décidait, en réponse à un exposé de cause soumis par le magistrat, que ce dernier n'avait pas commis d'erreur en statuant que l'intimé devait être acquitté parce que la preuve démontre qu'il était ivre lorsque lui a été signifié un avis que le ministère public avait l'intention de produire à son procès le certificat du technicien qualifié.

Voici les circonstances qui ont donné lieu à ce pourvoi.

L'intimé, John Peter Hamm, a été acquitté par le savant magistrat E. D. Murray, le 22 mars 1974. Il était accusé d'avoir eu le contrôle d'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*. A la demande du ministère

Crown, the learned magistrate submitted a stated case and he outlined the facts in that stated case as follows:

FACTS:

On the 20th day of December, 1973, at 10:00 p.m., Constable Gregg A. Hewitt was driving a police vehicle eastward on Quinpool Road in the City of Halifax. He observed a motor vehicle, the driver of which was repeatedly blowing the horn apparently in an effort to cause a taxi parked in front of him to move. The Constable caused the vehicle to stop, found the Respondent to be the driver and observed the Respondent to exhibit certain physical signs usually associated with intoxication by alcohol, including certain difficulties in obtaining his driver's license from his wallet, an odour of alcohol emanating [sic] from the breath and unsteadiness on his feet. As a result of these observations the Constable formed the opinion that the Respondent was impaired and at 10:10 p.m. he read the Respondent the standard police demand that he accompany the officer for a breathalyzer test.

The Respondent accompanied the officer and a breathalyzer test was performed within the two hour time limit provided by subsection 237(1)(c) of the Criminal Code. A certificate of a qualified technician made pursuant to subsection 237(1)(f) of the Criminal Code was introduced into evidence. The certificate stated that at the time of the test the Respondent's blood contained 180 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood.

Upon the completion of the breathalyzer tests the Respondent was released in the custody of another individual. Just prior to his being released, the Respondent was served with a written notice of intention to produce the certificate of the qualified technician as to the results of the last breathalyzer test at his trial together with a copy of the certificate. At the time this service was accomplished, the Respondent was according to the evidence, "intoxicated".

DECISION:

As a consequence of the Respondent having been served with the document referred to above, while he was intoxicated, I dismissed the charge against him on the basis that the service was for that reason improper.

The learned magistrate then stated the following question for the opinion of the Appeal Division:

Did I err in law in holding that the Respondent should be acquitted by reason of the evidence of his intoxication at the time that he was served with a notice of the

public, le savant magistrat a formulé un exposé de cause dans lequel il énonce les faits comme suit:

[TRADUCTION] LES FAITS:

Le 20 décembre 1973, à 22 h, l'agent Gregg A. Hewitt conduisait une voiture de police en direction est, sur le chemin Quinpool, dans la ville de Halifax. Il remarqua une automobile dont le conducteur klaxonnait sans arrêt afin, semble-t-il, de faire avancer un taxi stationné devant lui. L'agent fit arrêter la voiture, constata que l'intimé était au volant et remarqua qu'il présentait certains symptômes normalement liés à l'ivresse: il avait notamment de la difficulté à retirer son permis de conduire de son portefeuille, son haleine sentait l'alcool et il titubait. Compte tenu de ces observations, l'agent conclut que les facultés de l'intimé étaient affaiblies, et, à 22 h 10, il lui a lu la sommation réglementaire, l'enjoignant de le suivre, pour subir le test de l'ivressomètre.

L'intimé suivit l'agent et subit le test de l'ivressomètre dans le délai de deux heures prescrit à l'al. c) du par. (1) de l'art. 237 du *Code criminel*. Un certificat rédigé par un technicien qualifié conformément à l'al. f) du par. (1) de l'art. 237 du *Code criminel* a été produit en preuve. Le certificat établit qu'au moment du test, le sang de l'intimé contenait 180 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang.

Après avoir subi le test de l'ivressomètre, l'intimé fut relâché sous la garde d'une autre personne. Juste avant de le relâcher, on lui signifia un avis écrit de l'intention de produire à son procès le certificat du technicien qualifié, document attestant les résultats du test de l'ivressomètre qu'il venait de subir, accompagné d'une copie de ce certificat. Selon la preuve, l'intimé était ivre au moment de cette signification.

LA DÉCISION:

Comme le document susmentionné a été signifié à l'intimé alors qu'il était ivre, je l'acquitte parce que la signification était, de ce fait, irrégulière.

Le savant magistrat a alors soumis la question suivante à la Division d'appel:

[TRADUCTION] Ai-je fait une erreur de droit en statuant que l'intimé devait être acquitté parce que la preuve démontre qu'il était ivre lorsque lui a été signifié

Crown's intention to produce the certificate of the qualified technician at his trial?

Section 236 of the *Criminal Code* makes it an offence to drive a motor vehicle or have it in control having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in the blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood. Section 237 deals with the proceedings upon a prosecution for a breach of the said s. 236. In s. 237(1)(b), it is provided:

(b) the result of a chemical analysis of a sample of the breath of the accused (other than a sample taken pursuant to a demand made under subsection 235(1)) or of the blood, urine or other bodily substance of the accused may be admitted in evidence notwithstanding that, before he gave the sample, he was not warned that he need not give the sample or that the result of the analysis of the sample might be used in evidence;

Under the provisions of that subsection, the offence may be proved by providing the result of the analysis of a breath sample. Such a provision would, of course, require that the analyst should attend the trial and, in evidence, prove the analysis and the result thereof. However, s. 237(1)(c) provides that where a sample has been taken pursuant to demand then the 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. Therefore, in this unusual provision the Crown is permitted to prove the analysis of blood upon which it bases its case not by adducing the evidence of the analyst but by simply filing his certificate. As a limitation on the right of the Crown to use this foreshortened method of proof, s. 237(5) provides:

(5) No certificate shall be received in evidence pursuant to paragraph (1)(d), (e) or (f) unless the party intending to produce it has, before the trial, given to the accused reasonable notice of his intention together with a copy of the certificate.

un avis que le ministère public avait l'intention de produire à son procès le certificat du technicien qualifié?

Aux termes de l'art. 236 du *Code criminel*, commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur ou en a le contrôle alors qu'il a consommé une quantité d'alcool telle que la proportion d'alcool dans son sang dépasse 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. L'article 237 traite de la procédure à suivre dans les poursuites en violation de l'art. 236. Voici son al. b):

b) le résultat d'une analyse chimique d'un échantillon de l'haleine du prévenu (autre qu'un échantillon prélevé en conformité d'une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1)) ou du sang, de l'urine ou autre substance corporelle du prévenu peut être admis en preuve même si, avant de donner l'échantillon, le prévenu n'a pas été averti qu'il n'était pas tenu de le donner ou que le résultat de l'analyse de l'échantillon pourrait servir en preuve;

Selon les dispositions de ce paragraphe, on peut faire la preuve de l'infraction en produisant le résultat de l'analyse d'un échantillon d'haleine. Cette disposition aurait évidemment pour corollaire que l'analyste devait assister au procès et, évidemment, qu'il y fasse la preuve de l'analyse et du résultat. Toutefois, en vertu de l'al. c) du par. (1) de l'art. 237 lorsqu'un échantillon a été prélevé conformément à une sommation, la preuve du résultat de l'analyse chimique ainsi faite démontre, en l'absence de preuve contraire, de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu au moment où l'infraction est présumée avoir été commise. Par conséquent, grâce à cette disposition inusitée, le ministère public est autorisé à faire la preuve de l'analyse du sang sur laquelle il fonde sa prétention, non pas en faisant témoigner l'analyste, mais simplement en déposant le certificat de ce dernier. Pour circonscrire le droit du ministère public de recourir à cette méthode simplifiée de preuve, le par. (5) de l'art. 237 prévoit que:

(5) Aucun certificat ne doit être reçu en preuve en conformité de l'alinéa (1)d), e) ou f) à moins que la partie qui a l'intention de le produire n'ait, avant le procès, donné au prévenu un avis raisonnable de son intention, accompagné d'une copie du certificat.

In the particular case, the learned magistrate refused to convict because he found as a fact that the Crown had not given to the accused reasonable notice of its intention to prove by production of the certificate. The view of the learned magistrate was affirmed unanimously by the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia.

I am of the opinion that such a finding by the learned magistrate so affirmed by the Appeal Division was correct.

The reasonableness of the notice is a question of fact within the view of the magistrate and his determination of whether the notice was reasonable or unreasonable should not be interfered with by the decision of an appellate court unless such decision reflects some error in principle. The magistrate certainly had evidence upon which he could come to the decision that the person to whom the certificate was delivered was, at the time it was so delivered, intoxicated. The magistrate in reciting his facts in the stated case cited the evidence of the constable that the respondent exhibited the almost classical signs of intoxication and the view of the constable that the respondent was impaired at the very time the test was taken. Moreover, the certificate produced before the magistrate and which was available to him as admissible evidence in determining the question of the validity of the service showed that that person had an alcohol count of .18. The alcohol count necessary as a basis for the offence set out in s. 236 is only .08 so that the accused had two and a half times the amount of alcohol in his blood which would justify an offence under the section. Under these circumstances, the learned magistrate came to the conclusion that "at the time this service was accomplished, the respondent was, according to the evidence, 'intoxicated'". I am ready to assume, as did the Chief Justice of Nova Scotia in giving the reasons of the Appeals Division, that the respondent was too drunk to understand and appreciate the nature of the document then put into his possession. The magistrate, therefore, was entitled to determine that the service of the notice provided for in s. 237(1)(f) was not reasonable under the provisions of s. 237(5). Therefore, upon this ground alone, I would dismiss the appeal.

En l'espèce, le savant magistrat a refusé de déclarer l'intimé coupable parce qu'il a conclu que le ministère public n'avait pas donné à l'inculpé un avis raisonnable de son intention de produire le certificat en preuve. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a, à l'unanimité, confirmé l'opinion du savant magistrat.

J'estime bien fondée cette conclusion du savant magistrat, confirmée par la Division d'appel.

Le caractère raisonnable de l'avis est une question de fait qui relève du magistrat, et sa décision quant à savoir si l'avis était raisonnable ou non ne devrait pas être modifiée par une cour d'appel, à moins qu'elle ne comporte une erreur de droit. Le magistrat disposait sûrement d'éléments de preuve qui pouvaient lui permettre de conclure que la personne à qui on avait signifié le certificat était ivre à ce moment-là. En formulant les faits dans l'exposé de cause, il a cité le témoignage de l'agent portant que l'intimé montrait les symptômes presque classiques d'ivresse et l'opinion de cet agent que les facultés de l'intimé étaient affaiblies au moment même où l'on a effectué le test. De plus, le certificat produit devant le magistrat, dont ce dernier disposait comme preuve recevable pour établir la validité de la signification indiquait que l'alcoolémie de cette personne était de 0.18 g. L'article 236 prévoit qu'il y a infraction dès que l'alcoolémie dépasse 0.08 g.; le taux d'alcool dans le sang de l'accusé était deux fois et demie supérieur au niveau qui constitue une infraction aux termes de cet article. Dans ces circonstances, le savant magistrat en vint à la conclusion que [TRADUCTION] «selon la preuve, l'intimé était «ivre» au moment de cette signification». Je suis disposé à prendre pour acquis, comme le Juge en chef de la Nouvelle-Écosse l'a fait lorsqu'il a exposé les motifs de la Division d'appel, que l'intimé était trop ivre pour comprendre et discerner la portée du document qui lui fut remis. En conséquence, le magistrat était justifié de conclure que la signification de l'avis que prévoit l'al. f) du par. (1) de l'art. 237 n'était pas raisonnable au sens du par. (5) de l'art. 237. Pour ce seul motif, je rejetterais donc le pourvoi.

There is another ground which I do not find was considered in the judgments below. As pointed out in the stated case, the constable who had performed the breathalyzer test, upon obtaining the result thereof, had immediately, in the police station, delivered a copy of the certificate of the analysis and a notice under the provisions of s. 237(1)(f) to the person who was tested. Section 237(5) provides:

... unless the party intending to produce it has, before the trial, given to the accused reasonable notice of his intention together with a copy of the certificate.

At the time the constable delivered to the person whom he had tested a copy of the certificate and the notice there was no accused. No information had been laid, and no person is an "accused" until an information has been laid. Moreover, the words "before the trial", in my view, imply that the service of this document must be taken only when there is a trial in contemplation. After the test had been made, it can neither be said that the person presently charged was an accused nor that there was any trial in contemplation. It might well have been that for a variety of reasons the constable's superior or the Crown counsel would have determined that the person who had been tested should not be charged and, therefore, the provisions of the section simply do not apply to the person in the situation of this accused on that night in the police station. This might appear to be a strict construction of the provisions of the *Code* but it must be remembered that the provisions of s. 237, particularly subs. (1)(f) thereof, enable the Crown to short-circuit the proof of the major element of the offence by the production of a mere certificate and that, therefore, such provision should be strictly construed.

I realize that an opposite result was reached in *R. v. Goerz*², but in that case the accused gave evidence as he admitted having received the notice. I do not think the Crown is entitled to rely upon

² (1971), 5 C.C.C. (2d) 92.

Il y a un autre motif que les cours d'instance inférieure ne semblent pas avoir examiné. Comme l'indique l'exposé de cause, l'agent qui a fait subir le test de l'ivressomètre, aussitôt le résultat obtenu, a tout de suite remis, au poste de police, une copie du certificat de l'analyse ainsi qu'un avis conforme aux dispositions de l'al. f) du par. (1) de l'art. 237 à la personne ayant subi le test. Le paragraphe (5) de l'art. 237 se lit ainsi:

... à moins que la partie qui a l'intention de le produire n'ait, avant le procès, donné au prévenu un avis raisonnable de son intention, accompagné d'une copie du certificat.

Au moment où l'agent a remis à la personne qui avait subi le test une copie du certificat et l'avis, il n'y avait pas de prévenu. Aucune dénonciation n'avait été faite, et personne n'est "prévenu" avant qu'une dénonciation ne le soit. En outre, les mots "avant le procès" supposent, à mon avis, qu'il n'y a signification de ce document que dans le cas où l'on envisage un procès. Une fois le test effectué, on ne peut dire que la personne alors inculpée était un prévenu, ni qu'un procès était envisagé. Il aurait fort bien pu arriver, pour diverses raisons, que le supérieur de l'agent ou l'avocat du ministère public décide de ne pas inculper la personne qui avait subi le test. Par conséquent, les dispositions de l'article ne s'appliquent pas à la personne se trouvant dans la situation de ce prévenu, ce soir-là, au poste de police. Cette interprétation des dispositions du *Code* peut sembler étroite, mais il faut se rappeler que les dispositions de l'art. 237, en particulier l'al. f) du par. (1), facilitent au ministère public la preuve de l'élément principal de l'infraction en l'autorisant à produire simplement un certificat; c'est pourquoi il faut interpréter étroitement cette disposition.

Je sais fort bien que cela va à l'encontre de la décision dans l'arrêt *R. c. Goerz*², mais dans cette affaire-là, l'accusé avait apporté des éléments de preuve en admettant avoir reçu l'avis. Je ne crois

² (1971), 5 C.C.C. (2d) 92.

the defence to prove the admissibility of the document whereby it attempts to short-circuit the ordinary method of proof. In the present case, there is no reference in the stated case to the accused having given evidence and I am of the view that the Crown had simply failed to prove the admissibility of the certificate as a basis for the conviction of the charge under s. 236. If *R. v. Goertz* is, despite the different circumstances, applicable, I am not prepared to follow it.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, LASKIN C.J. and SPENCE and DICKSON JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Graham W. Stewart, Halifax.

Solicitors for the respondent: Stewart, McKeen & Covert, Halifax.

pas que la poursuite puisse avoir recours à la défense pour faire la preuve de la recevabilité du document par lequel elle essaie d'échapper à la méthode régulière de preuve. En l'espèce, l'exposé de cause ne mentionne pas que l'intimé a témoigné et je suis d'avis que le ministère public n'a simplement pas réussi à prouver la recevabilité du certificat nécessaire pour établir qu'il est coupable de l'infraction visée à l'art. 236. Si, en dépit des circonstances différentes, l'arrêt *R. c. Goertz* s'applique, je ne suis pas disposé à le suivre.

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LASKIN et les juges SPENCE et DICKSON étant dissidents.

Procureur de l'appelante: Graham W. Stewart, Halifax.

Procureurs de l'intimé: Stewart, McKeen & Covert, Halifax.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

The Steam Tanker, “Evgenia Chandris”
Respondent.

1975: November 25; 1976: January 30.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NEW BRUNSWICK, APPEAL DIVISION

Criminal law — Evidence — Subordinate legislation — Proof of delegated or subordinate legislation — Judicial notice — Oil Pollution Prevention Regulations, P.C. 1971-2005, SOR/71-495 — Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9 (am. R.S.C. 1970, c. 27 (2nd Supp.), s. 3(2)) ss. 727, 730 — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 17, 20, 21, 22 — Statutory Instruments Act, 1970-71-72 (Can.); c. 38, ss. 6, 11, 23, 27.

Statutory instruments — Statutory offence — Proof of regulation — Judicial notice — Oil Pollution Prevention Regulations, P.C. 1971-2005, SOR/71-495 — Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9 (am. R.S.C. 1970, c. 27 (2nd Supp.), s. 3(2)), ss. 727, 730 — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 17, 20, 21, 22 — Statutory Instruments Act, 1970-71-72 (Can.), c. 38, ss. 6, 11, 23, 27.

Respondent was charged with a contravention of s. 5(b) of the *Oil Pollution Prevention Regulations*. The Regulations were not produced at trial and Crown counsel neither asked that judicial notice be taken of them nor implied that they had been published. The trial judge concluded that he could not take judicial notice of them and dismissed the case. On appeal by way of stated case the Appeal Division unanimously held that the trial judge was correct in law.

Held (Laskin C.J. and Spence J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.: The Regulations P.C. 1971-2005, SOR/71-495 were published in the *Canada Gazette*, vol. 105 at p. 1723. Section 23(1) of the *Statutory Instruments Act* can be interpreted in two

Sa Majesté la Reine *Appelante*;

et

The Steam Tanker, «Evgenia Chandris»
Intimé.

1975: le 25 novembre; 1976: le 30 janvier.

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

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Preuve — Législation par pouvoir délégué — Preuve de la législation par pouvoir délégué — Connaissance d'office — Règlement sur la prévention de la pollution par les hydrocarbures, C.P. 1971-2005, DORS/71-495 — Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, c. S-9 (mod. S.R.C. 1970, c. 27 (2^e Supp.), par 3(2)), art. 727 et 730 — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 17, 20, 21 et 22 — Loi sur les textes réglementaires, 1970-71-72 (Can.), c. 38, art. 6, 11, 23 et 27.

Textes réglementaires — Infraction statutaire — Preuve du règlement — Connaissance d'office — Règlement sur la prévention de la pollution par les hydrocarbures, C.P. 1971-2005, DORS/71-495 — Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, c. S-9 (mod. S.R.C. 1970, c. 27 (2^e Supp.), par. 3(2)) art. 727 et 730 — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 17, 20, 21 et 22 — Loi sur les textes réglementaires, 1970-71-72 (Can.), c. 38, art. 6, 11, 23 et 27.

L'intimé est accusé d'avoir violé l'art. 5b) du *Règlement sur la prévention de la pollution par les hydrocarbures*. En première instance, ce règlement n'a pas été déposé en preuve et le substitut du procureur général n'a pas demandé au juge d'en prendre connaissance d'office et n'a même pas fait état de sa publication. Le juge du procès a conclu qu'il ne pouvait prendre connaissance d'office du règlement et il a rejeté l'accusation. En appel, par voie d'exposé des faits, la Division d'appel a unanimement conclu que cette décision du juge de première instance était bien fondée en droit.

Arrêt (le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré: Le Règlement C.P. 1971-2005, DORS/71-495 était publié dans la *Gazette du Canada*, vol. 105, à la p. 1723. Le libellé du par. 23(1) de la *Loi sur les textes réglementaires* s'interprète de deux façons:

ways *either* that the words identify the class of instruments that must be judicially noticed without any evidence of any type being offered *or* that the words impose a condition precedent, of proving the publication, before judicial notice can be taken. Not all statutory instruments are published in the *Canada Gazette* and if the latter interpretation were accepted subs. (1) would be made completely useless, subs. (2) being sufficient for very easily proving the existence, publication and contents of the instrument. No enactment should be thus deleted from a statute unless no other conclusion is possible.

A comparison of s. 23 of the *Statutory Instruments Act* with ss. 18 and 19 of the *Canada Evidence Act* shows that both impose judicial notice as an obligation but also provide, as a material support for that obligation, that a document not otherwise admissible may be used. Thus the purpose of s. 23(2) becomes apparent, the subsection is not useless any more than s. 19 of the *Canada Evidence Act*. Section 23(3) has no role in the problem but completes s. 23(2) with respect to a consolidation. All three subs. of s. 23 have a meaning which would not be so if the judgment appealed from was well founded. This meaning results from Parliament's decision to place on the same footing the statutory instruments published in the *Canada Gazette* and all Acts of Canada, public or private.

Per Laskin C.J. and Spence J. *dissenting*: Crown counsel at the trial made no request for judicial notice and took no step to place the relevant Regulations before the Court. Section 23 of the *Statutory Instruments Act* is a departure from strict common law methods of proof of documents. If there was to be a wholesale dispensation of proof to enable judicial notice to be taken clearer language should have been used than that of s. 23 considered as a whole. To read s. 23(1) otherwise than as requiring antecedent proof of publication in the *Canada Gazette* would make s. 23(3) redundant. There was nothing inconsistent in making judicial notice of a regulation dependent on proof of publication which would not in itself necessarily prove the contents of the regulation.

Section 715 of the *Criminal Code*, which is in Part XXIII of the *Code*, of which the heading is "Extraordinary Remedies" applies to proceedings in criminal mat-

soit que les mots définissent la catégorie des textes qui doivent être admis d'office en justice sans l'appui de preuve d'aucune sorte *soit* que les mots imposent une condition préalable en créant l'obligation de prouver la publication avant qu'on puisse prendre connaissance d'office des textes. Tous les textes ne sont pas imprimés dans la *Gazette du Canada* et si l'on acceptait cette dernière interprétation cela équivaldrait à rendre le par. (1) tout à fait inutile, le par. (2) suffisant alors amplement à rendre des plus faciles la preuve de l'existence, de la publication et du contenu du texte. Aucune disposition législative ne doit être ainsi supprimée à moins qu'il soit impossible de faire autrement.

Une comparaison de l'art. 23 de la *Loi sur les textes réglementaires* avec les art. 18 et 19 de la *Loi sur la preuve au Canada* révèle que ces deux lois, d'une part, rendent obligatoires la connaissance d'office et, d'autre part, permettent à cet égard l'utilisation, à titre de support matériel, d'un document qui, en d'autres circonstances, ne serait pas admissible en preuve. Ainsi le but du par. 23(2) devient évident. Ce paragraphe n'est donc pas inutile, pas plus d'ailleurs que l'art. 19 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le paragraphe 23(3) n'a rien à voir avec le problème à l'étude, il traite de la codification des règlements et complète le par 23(2). Chacun des trois paragraphes de l'art. 23 a un sens, ce qui n'est plus le cas si le jugement dont il est fait appel est bien fondé. Cette signification résulte de la décision du Parlement de placer sur un pied d'égalité les textes réglementaires publiés dans la *Gazette du Canada* et toutes les lois du Canada, qu'elles soient d'intérêt public ou privé.

Le juge en chef Laskin et le juge Spence, *dissidents*: Le substitut du procureur général n'a fait aucune demande au sujet de la connaissance d'office et n'a pris aucune mesure pour exhiber le règlement pertinent devant la Cour. L'article 23 de la *Loi sur les textes réglementaires* déroge aux méthodes rigoureuses de la *common law* sur la preuve des documents. Si l'on voulait dispenser complètement de toute preuve pour permettre la connaissance d'office, il faudrait utiliser des termes plus précis que ceux de l'art. 23 considéré dans son ensemble. Interpréter le par. 23(1) autrement qu'obligeant à prouver une publication antérieure dans la *Gazette du Canada* rendrait le par. 23(3) superflu. Il n'y a rien d'illogique à subordonner la connaissance d'office d'un règlement à la preuve de la publication du texte, ce qui ne prouve pas forcément le contenu du règlement lui-même.

L'article 715 du *Code criminel*, qui se trouve dans la Partie XXIII du *Code* ayant pour titre «Recours extraordinaires» s'applique aux procédures en matière crimi-

ters by way of *certiorari*, *habeas corpus*, *mandamus* and prohibition. These prerogative remedies are distinguishable from an appeal and should not be stretched into a provision of general application to apply to appeal in the broad sense or, as here, appeal by stated case.

As the omission of the Crown was not inadvertent and in view of the lapse of time the case should not be remitted back to the Provincial Court judge.

[*Duffin v. Markham* (1918), 88 L.J.K.B. 581; *Snell v. Unity Finance Co. Ltd.*, [1964] 2 Q.B. 203; *Tolley v. Fry*, [1930] 1 K.B. 467 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of New Brunswick, Appeal Division¹, affirming on appeal by way of stated case a judgment at trial dismissing a charge of discharging a pollutant in contravention of s. 5(b) of the *Oil Pollution Prevention Regulations*. Appeal allowed, Laskin C.J. and Spence J. dissenting; matter remitted to trial judge for determination of the case on its merits.

Graham Pinos, for the appellant.

Hugh H. McLellan and *Anthony Allman*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—This appeal by the Crown, which comes here by leave of this Court from adverse judgments of Provincial Court Judge George and the New Brunswick Court of Appeal, concerns a question of judicial notice of the federal Oil Pollution Prevention Regulations under which a charge was laid against the respondent ship.

The factual circumstances underlying this question are beyond belief. Crown counsel at the hearing of the charge apparently did not have the Regulations upon which the charge was founded with him or, if he did, he kept them concealed. They were not produced to the Court in any way, nor were they referred to by counsel or by any

¹ (1974), 8 N.B.R. (2d) 297.

nelle sous forme de *certiorari*, d'*habeas corpus*, de *mandamus* et de prohibition. Ces recours se distinguent d'un appel et ils ne doivent pas s'interpréter comme une disposition d'application générale applicable à un appel au sens large ou à un appel par voie d'exposé de cause, comme dans le cas présent.

Puisque la poursuite n'a pas fait une omission par mégarde, et vu le très long délai, l'affaire ne doit pas être renvoyée devant le juge de la Cour provinciale.

[Arrêts mentionnés: *Duffin v. Markham* (1918), 88 L.J.K.B. 581; *Snell v. Unity Finance Co. Ltd.*, [1964] 2 Q.B. 203; *Tolley v. Fry*, [1930] 1 K.B. 467.]

POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel de la cour suprême du Nouveau-Brunswick¹ confirmant l'appel interjeté par voie d'exposé de cause d'un jugement de première instance qui avait rejeté une accusation d'avoir déversé des matières polluantes, en violation de l'art. 5b) du *Règlement sur la prévention de la pollution par les hydrocarbures*. Pourvoi accueilli, le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents; l'affaire est renvoyée devant le juge de première instance pour décision sur le fond.

Graham Pinos, pour l'appelante.

Hugh H. McLellan et *Anthony Allman*, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Le présent pourvoi, interjeté par le ministère public sur l'autorisation de la Cour à l'encontre de jugements rendus par le juge George de la Cour provinciale et par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, concerne la connaissance d'office du Règlement sur la prévention de la pollution par les hydrocarbures, en vertu duquel une accusation a été portée contre le navire intimé.

Les faits relatifs à cette affaire sont incroyables. Selon toute apparence, lors de l'audition du réquisitoire, le substitut n'avait pas en main le Règlement sur lequel se fondait l'accusation, ou s'il l'avait, il n'en a pas soufflé mot. On n'a produit ce Règlement d'aucune façon devant la Cour et personne, procureur ou témoins, n'en a fait mention.

¹ (1974), 8 N.B.R. (2d) 297.

witness. At the conclusion of the evidence and when argument was commenced by Crown counsel, the Provincial Judge drew attention to the fact that the Regulations had not been brought before him in any way. Crown counsel did not ask the Court to take judicial notice of the Regulations and did not state or even imply that the Regulations had ever been published. In this state of affairs (as recounted by the trial judge in a stated case that was sought by counsel for the Attorney General of Canada), and defence counsel not replying or signifying assent to the Court's inquiry whether he would agree to having the Regulations placed before the Court, the trial judge dismissed the charge. The New Brunswick Court of Appeal was unanimous in dismissing the Crown's appeal.

When a court takes judicial notice of a fact or of a law it dispenses with the production of evidence to prove it. At common law, judicial notice was taken of public or general statutes but not of private enactments nor of subordinate legislation such as orders-in-council or regulations. By legislation of a common variety, such as is found in s. 18 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 and s. 70(1) of the *New Brunswick Evidence Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-11, judicial notice is obligatory of all statutes, public or private. Hence, it is unnecessary under such a dispensation to produce to the Court the text of a piece of legislation, although this would invariably be done when its interpretation is in issue.

Where subordinate or delegated legislation, such as orders of regulations, is in issue, there is no such mandatory and unqualified general provision respecting judicial notice thereof as is found in legislation respecting judicial notice of statutes. It was not suggested by the appellant in the present case that there is any common law rule of judicial notice of orders or regulations. There are instances in American case law where judicial notice has been taken of orders and regulations (see *Wigmore on Evidence*, 3rd ed., vol. 9, No. 2572, at p. 553), and the *Model Code of Evidence* of the American Law Institute in Rules 802 and 803 supports the

A la conclusion de la preuve et au moment où le substitut a commencé son plaidoyer, le juge de la Cour provinciale a souligné le fait qu'on ne lui avait pas exhibé le Règlement. Le substitut n'a pas demandé à la Cour de prendre d'office connaissance du Règlement et il n'a pas déclaré, ou simplement suggéré, que ce Règlement avait été publié. Dans une telle situation, (comme l'a raconté le juge de première instance dans l'exposé de cause présenté par le substitut du procureur général du Canada) comme l'avocat de la défense ne répondait pas ou ne signifiait pas son consentement à la Cour qui lui demandait s'il acceptait que le Règlement soit déposé devant elle, le juge de première instance a rejeté l'accusation. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté l'appel du ministère public, à l'unanimité.

Quand une cour prend d'office connaissance d'un fait ou d'une loi, on est dispensé d'en faire la preuve. En *common law*, on prend connaissance d'office des lois publiques ou générales, mais non des lois de caractère privé ni des ordonnances promulguées par pouvoir délégué, comme les décrets du conseil ou les règlements. En vertu de mesures législatives ordinaires comme celles de l'art. 18 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10 et de l'art. 70(1) de la *Loi sur la preuve du Nouveau-Brunswick*, L.R.N.B. 1973, c. E-11, la connaissance d'office de toutes les lois d'intérêt public ou privé est obligatoire. En conséquence, il n'est pas nécessaire, grâce à cette dispense, de produire devant la Cour le texte d'une loi, bien qu'on le fasse toujours si son interprétation est en litige.

Lorsqu'il s'agit de législation par pouvoir délégué comme les décrets ou les règlements, il n'y a pas de disposition générale sans restriction sur la connaissance d'office comme c'est le cas pour les lois. Dans la présente cause, l'appelante n'a invoqué l'existence d'aucune règle de *common law* touchant la connaissance d'office des décrets et règlements. Dans la jurisprudence américaine, il existe des cas où l'on a pris connaissance d'office d'ordonnances et de règlements (voir *Wigmore on Evidence*, 3^e ed., vol. 9, N^o 2572, à la p. 553), et les règles 802 et 803 du *Model Code of Evidence of the American Law Institute* le prévoient, mais

obligatory taking of judicial notice of orders or regulations, but only if a request is made to that end, proper notice is given to the other side and sufficient information is given to the Court to enable it to comply with the request. These requirements are easily met in the case of orders and regulations and, while I do not, and need not for the purposes of the present case, suggest that this should be the law in this country, I must reiterate that Crown counsel at the trial made no request for judicial notice and took no step to place the relevant Regulations before the Court.

Two submissions were made by the appellant Crown to support its contention that judicial notice had to be taken of the Oil Pollution Prevention Regulations, despite the absence of any reference to them or any exhibition or production of their text or of any document containing them. The submissions rest, respectively, on s. 23(1) of the *Statutory Instruments Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 38 and on s. 715 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. I shall deal with these submissions in reverse order.

Section 715 reads as follows:

715. (1) No order, conviction or other proceeding shall be quashed or set aside, and no defendant shall be discharged, by reason only that evidence has not been given

(a) of a proclamation or order of the Governor in Council or the lieutenant governor in council;

(b) of rules, regulations or by-laws, made by the Governor in Council under an Act of the Parliament of Canada or by the lieutenant governor in council under an Act of the legislature of the province; or

(c) of the publication of a proclamation, order, rule, regulation or by-law in the *Canada Gazette* or in the official gazette for the province.

(2) Proclamations, orders, rules, regulations and by-laws mentioned in subsection (1) and the publication thereof shall be judicially noticed.

The Crown relies on s. 715(2) to support its submission on judicial notice. The contention is untenable here because s. 715 is in Part XXIII of the *Criminal Code*, of which the heading is "Extraordinary Remedies". The opening section in this Part

seulement si une demande est présentée à cet effet, si un avis en bonne et due forme est donné à la partie adverse et si l'on a fourni assez de renseignements à la Cour pour lui permettre d'accéder à la demande. On peut facilement satisfaire à ces exigences dans le cas des ordonnances et des règlements et, sans souhaiter une loi semblable dans notre pays, ce qui est inutile d'ailleurs aux fins de la présente cause, je répète qu'au procès, le substitut n'a fait aucune demande au sujet de la connaissance d'office et n'a pris aucune mesure pour exhiber le règlement pertinent devant la Cour.

L'appelante a présenté deux arguments pour soutenir que l'on devait prendre connaissance d'office du Règlement sur la prévention de la pollution par les hydrocarbures, malgré l'absence de toute allusion à celui-ci et même si l'on n'en avait pas produit le texte ni aucun autre document le contenant. Les arguments s'appuient sur l'art. 23(1) de la *Loi sur les textes réglementaires*, 1970-71-72 (Can.), c. 38, et sur l'art. 715 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34. Je vais en traiter dans l'ordre inverse.

L'article 715 se lit comme suit:

715. (1) Aucune ordonnance, condamnation ou autre procédure ne doit être annulée ni écartée, et aucun défendeur ne doit être renvoyé, pour le seul motif qu'une preuve n'a pas été donnée

a) d'une proclamation ou d'un décret du gouverneur en conseil ou du lieutenant-gouverneur en conseil;

b) de règles, règlements ou statuts administratifs établis par le gouverneur en conseil d'après une loi du Parlement du Canada ou par le lieutenant-gouverneur en conseil aux termes d'une loi de la législature de la province; ou

c) de la publication, dans la *Gazette du Canada* ou la gazette officielle de la province, d'une proclamation ou règle, d'un arrêté, règlement ou statut administratif.

(2) Les proclamations, ordonnances, règles, règlements ou statuts administratifs mentionnés au paragraphe (1) et leur publication sont reconnus à toutes fins de droit.

Le ministère public s'appuie sur l'art. 712(2) pour étayer son argument sur la connaissance d'office. Cette prétention ne peut être retenue, car l'art. 715 se trouve dans la Partie XXIII du *Code criminel* qui a pour titre «Recours extraordinaires». Le pre-

is s. 708 which provides that "This Part applies to proceedings in criminal matters by way of *certiorari*, *habeas corpus*, *mandamus* and prohibition." These so-called prerogative remedies are distinguishable from an appeal, whether an appeal in the broad sense or an appeal, as here, by stated case. It seems to me difficult to torture s. 715(2) into a provision of general application when it is related clearly to the prerogative remedies which give a special and limited range of review. The Crown sought to draw nourishment for its submission as to s. 715(2) from the dissenting reasons of Bull J.A. in *R. v. Markin*², at p. 27, but those reasons simply ignore the context in which s. 715(2) appears, not to mention its limitation to prerogative remedies by virtue of s. 708.

There is, in my opinion, nothing anomalous in extending the doctrine of judicial notice to orders and regulations where they are involved in proceedings that are attacked by the prerogative writs and in otherwise letting the ordinary laws of evidence apply to their proof or having proof made under facilitating legislation, such as is found in s. 21 of the *Canada Evidence Act*, or by reliance on s. 23(1) of the *Statutory Instruments Act*. When a number of procedures, each one different, are provided for questioning an order or a conviction or an acquittal, it may well be the case that a fuller range of grounds of reversal may be attached to one or more and not to another or others. The *Criminal Code* provides generous scope for a first appeal, especially in summary conviction matters. In respect of these, there may be a straight appeal which is by trial *de novo* under s. 755, or an appeal by way of stated case restricted to errors of law or of jurisdiction under s. 762. In neither of these procedures is there any special curative provision respecting judicial notice of orders or regulations, as there is under s. 715(2). No doubt, the alleged defect which is in issue here could be cured upon an appeal by trial *de novo*, but there is no curative provision where the appeal, as in the present case, is by stated case. Parliament has chosen to eliminate an evidentiary issue of want of proof of orders

² [1970] 1 C.C.C. 14.

mier article de cette Partie (art. 708) prévoit que: «La présente Partie s'applique aux procédures en matière criminelle sous forme de *certiorari*, d'*habeas corpus*, de *mandamus* et de prohibition». Ces recours extraordinaires se distinguent d'un appel, que ce soit un appel au sens large ou un appel par voie d'exposé de cause, comme dans le cas présent. Il me paraît difficile d'interpréter l'art. 715 comme une disposition d'application générale, quand, de toute évidence, il touche les recours extraordinaires qui visent un champ d'action particulier et restreint. Pour étayer son argument sur l'art. 715(2), le ministère public invoque les motifs du juge d'appel Bull, dissident, dans l'affaire *R. v. Markin*², à la p. 27, mais ces motifs ne tiennent simplement pas compte du contexte de l'art. 715(2), sans mentionner les limites qu'imposent l'art. 708 aux recours extraordinaires.

A mon avis, il n'y a rien d'anormal à étendre le principe de la connaissance d'office aux décrets et règlements lorsqu'il s'agit de procédures contestées par recours extraordinaire tout en continuant pour le reste à appliquer les lois ordinaires sur la preuve ou d'établir la preuve d'après des mesures législatives qui la facilitent comme l'art. 21 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ou l'art. 23(1) de la *Loi sur les textes réglementaires*. Lorsque diverses procédures, différentes les unes des autres, sont prévues pour contester une ordonnance, une condamnation ou un acquittement, il se peut fort bien que l'une ou plusieurs d'entre elles admettent des motifs d'infirmité que les autres refusent. Le *Code criminel* offre une grande latitude pour un premier appel, spécialement dans le cas des poursuites sommaires. Ces dernières peuvent donner lieu à un appel direct par voie de procès *de novo* selon l'art. 755 ou à un appel par voie d'exposé de cause, limité aux erreurs de droit et au défaut de compétence, selon l'art. 762. Aucune de ces procédures ne comporte de dispositions spéciales relatives à la connaissance d'office des ordonnances ou règlements, comme on en trouve à l'art. 715(2). Il ne fait aucun doute que l'on pourrait régler la difficulté sur un appel par voie de procès *de novo*, mais il n'y a pas de remède prévu lorsque l'appel, comme dans le cas actuel, est fait par voie d'exposé

² [1970] 1 C.C.C. 14.

or regulations where the procedure to quash is invoked under s. 715; and by providing for judicial notice thereof it has simply narrowed the range of permissible objections under that special procedure which might be taken by an accused person. The advantage so given to the Crown under s. 715 was not extended to appeals.

The Crown's principal submission invoked s. 23(1) of the *Statutory Instruments Act*, and for proper consideration of that submission I set out the whole of s. 23 which is as follows:

23. (1) A statutory instrument that has been published in the *Canada Gazette* shall be judicially noticed.

(2) In addition to any other manner of proving the existence or contents of a statutory instrument, evidence of the existence or contents of a statutory instrument may be given by the production of a copy of the *Canada Gazette* purporting to contain the text of the statutory instrument.

(3) For the purposes of this section, where a regulation is included in a copy of a consolidation of regulations purporting to be printed by the Queen's Printer, that regulation shall be deemed to have been published in the *Canada Gazette*.

The Crown would have this Court read s. 23(1) as if the words "that has been published in the *Canada Gazette*" were not there, and would thus equate s. 23(1) with s. 18 of the *Canada Evidence Act*, providing unqualifiedly for judicial notice of Acts of Parliament. The Crown supports its contention by alleging that to read s. 23(1) as requiring antecedent proof of publication in the *Canada Gazette* would make it redundant in the light of s. 23(2). I do not agree that this is so. Rather do I think that if the appellant Crown is correct, it would be s. 23(2) that would be redundant. Moreover, agreeing as I do with the submission that meaning should be attributed to all parts of a connected enactment, the appellant Crown's submission on s. 23(1) would also make s. 23(3) redundant. This provision shows another way in which proof of publication in the *Canada Gazette* may be shown, a way which does not require production of a copy of the *Canada Gazette*.

de cause. Le Parlement a choisi d'éliminer la difficulté de la preuve des décrets ou règlements lorsque l'annulation d'une condamnation est demandée en vertu de l'art. 715; en prévoyant la connaissance d'office à ce sujet, il a simplement restreint le nombre des objections permises en vertu de cette procédure spéciale employée par un accusé. Cet avantage dont dispose ainsi la poursuite en vertu de l'art. 715 ne s'étend pas aux appels.

Le principal argument du ministère public est fondé sur l'art. 23(1) de la *Loi sur les textes réglementaires* et, afin de l'apprécier comme il convient, je cite l'article en entier:

23. (1) Un texte réglementaire qui a été publié dans la *Gazette du Canada* sera admis d'office en justice.

(2) En plus de tout autre mode de preuve de l'existence ou du contenu d'un texte réglementaire, l'existence ou le contenu de ce texte peuvent être prouvés par la production d'un exemplaire dans la *Gazette du Canada* présenté comme reproduisant le contenu de ce texte.

(3) Aux fins du présent article, lorsqu'un règlement est inclus dans un exemplaire de codification de règlements présenté comme ayant été imprimé par l'Imprimeur de la Reine, ce règlement est censé avoir été publié dans la *Gazette du Canada*.

On demande à la cour de lire l'art. 23(1) en faisant abstraction des mots «qui a été publié dans la *Gazette du Canada*» et l'on veut ainsi rendre cet article identique à l'art. 18 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui prévoit sans réserve qu'il faut prendre connaissance d'office des lois du Parlement. On soutient cette prétention en alléguant qu'interpréter le par. (1) comme obligeant à prouver une publication antérieure dans la *Gazette du Canada* le rendrait superflu à la lumière du par. (2). Je ne suis pas d'accord avec cela. Je pense plutôt que si l'on a raison, ce serait le par. (2) qui serait superflu. En outre, d'accord avec le principe qu'il faut donner une signification à toutes les parties connexes d'une loi, la prétention du ministère public aurait aussi pour effet de rendre le par. (3) superflu. Cette disposition indique une autre manière de présenter la preuve de la publication dans la *Gazette du Canada*, sans avoir nécessairement à produire un exemplaire de la *Gazette du Canada*.

I think it relevant as well to point out that what we have in s. 23 of the *Statutory Instruments Act* is a departure from strict common law methods of proof of documents, and if there is to be a wholesale dispensation of proof to enable judicial notice to be taken, clearer language should be expected than what appears in s. 23 when it is considered as a whole. I add too that there is nothing inconsistent in making judicial notice of a regulation dependent on proof of a supporting fact, e.g. publication, which would not in itself necessarily prove the contents of the regulation. That, in my opinion, is what is stipulated in s. 23(1). The mere fact that there may be overlapping provisions, as there undoubtedly are under s. 23 of the *Statutory Instruments Act* and s. 21 of the *Canada Evidence Act*, does not warrant the reading out of inconvenient words in order to arrive at a clean result which would not only eliminate the overlapping but would eliminate these associated provisions even in those respects in which they do not overlap.

The Oil Pollution Prevention Regulations were also involved in an issue of judicial notice in *R. v. The Vessel "Besseggen"*³ which came to the British Columbia Court of Appeal also by way of stated case. The majority of the Court, in sustaining the trial judge's decision that he could take judicial notice of the Regulations, did so on the ground that a copy of the *Canada Gazette* containing the Regulations was produced to him, and hence what is now s. 23(1) of the *Statutory Instruments Act* was satisfied. The contrary view urged by counsel for the vessel and supported by the dissenting reasons of Branca J.A. was that it was necessary formally to prove the Regulations or to prove publication in the *Canada Gazette* as a fact before judicial notice could be taken. Branca J.A. founded his reasons on the basis that a copy of the *Canada Gazette* had not been produced to the trial judge. The factual difference between the members of the Court in the *Besseggen* case does not arise here, and my only observation on that case is that it would be a sufficient support for judicial notice to produce or hand up to the trial

³ (1973), 12 C.C.C. (2d) 185.

Je crois qu'il convient également de souligner que l'art. 23 de la *Loi sur les textes réglementaires* déroge aux méthodes rigoureuses de la *common law* sur la preuve de documents. Si l'on voulait dispenser complètement de toute preuve pour permettre la connaissance d'office, il faudrait utiliser des termes plus précis que ceux de l'art. 23 considéré dans son ensemble. J'ajouterais aussi qu'il n'y a rien d'illogique à subordonner la connaissance d'office d'un règlement à la preuve d'un fait connexe, par exemple la publication du texte, ce qui ne prouve pas forcément le contenu du règlement lui-même. A mon avis, c'est ce que décrète le par. (1) de l'art. 23. Le simple fait qu'il peut y avoir des dispositions redondantes, comme c'est le cas de l'art. 23 de la *Loi sur les textes réglementaires* et de l'art. 21 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ne justifie pas la suppression de mots gênants pour en arriver à un texte clair qui, non seulement supprimerait le chevauchement, mais éliminerait aussi ces dispositions connexes, même dans les cas où elles ne chevauchent pas.

Le Règlement sur la prévention de la pollution par les hydrocarbures fut également mis en cause dans une controverse sur la connaissance d'office dans l'affaire *R. v. The Vessel «Besseggen»*³, qui vint aussi devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique par voie d'exposé de cause. La majorité y confirma le jugement du juge de première instance selon lequel ce dernier pouvait prendre connaissance d'office du motif qu'un exemplaire de la *Gazette du Canada* contenant le Règlement avait été produit devant lui, ce qui était conforme au présent art. 23(1) de la *Loi sur les textes réglementaires*. La prétention de l'avocat de la partie adverse dont l'opinion a été soutenue par le juge d'appel Branca, dissident, était qu'il fallait prouver formellement le Règlement ou en prouver la publication dans la *Gazette du Canada* avant que le juge puisse en prendre connaissance d'office. Le juge d'appel Branca a fondé sa dissidence sur le fait qu'un exemplaire de la *Gazette du Canada* n'avait pas été produit devant le juge de première instance. Il n'est pas question ici, comme dans l'affaire *Besseggen*, d'une divergence sur les

³ (1973), 12 C.C.C. (2d) 185.

judge a copy of the *Canada Gazette* containing the particular regulations.

I have given thought to the question whether this Court, at this stage, should send the case back to the Provincial Court Judge with a direction that it be re-opened to permit Crown counsel to tender or produce a copy of the *Canada Gazette* or to show publication under s. 23(3). This relief was not asked by the Crown either here or, so far as appears, in the New Brunswick Court of Appeal. Although the Crown was allowed to re-open its case in *R. v. Kishen Singh*⁴ to repair inadvertent failure to prove a proclamation, bringing into force the statute under which the charge was laid, this was done by the trial judge and there was no prejudice to the accused. Here the Crown's omission was not inadvertent, and at a distance of nearly four years since the charge was laid and nearly two years since the trial was held I am unwilling to guess that there would be no prejudice, nor do I think that the Crown deserves any indulgence.

I would dismiss the appeal.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—This appeal raises the question of judicial notice of statutory instruments. The judgment of the Appeal Division of the New Brunswick Supreme Court being now reported⁵ it will be sufficient for me to mention only the highlights of the factual situation:

1) on the 1st of February 1972, an information was laid stating that the respondent has discharged a pollutant in the Harbour of Saint John in contravention of s. 5(b) of the *Oil Pollution Prevention Regulations*, thereby committing an offence contrary to s. 761 of the

⁴ (1941), 76 C.C.C. 248.

⁵ (1974), 8 N.B.R. (2d) 297.

faits. Je ferai simplement observer qu'il suffirait, pour qu'on doive en prendre connaissance d'office, de produire devant le juge du procès un exemplaire de la *Gazette du Canada* contenant le règlement en cause.

J'ai réfléchi à la question de savoir si, à ce stade, la Cour devait renvoyer l'affaire devant le juge de la Cour provinciale et lui ordonner de la réouvrir, afin de permettre au substitut d'exhiber ou de produire un exemplaire de la *Gazette du Canada* ou de prouver la publication du texte en vertu de l'art. 23(3). Le ministère public n'a pas demandé cela devant la présente Cour ni, autant qu'on le sache, devant la cour d'appel du Nouveau-Brunswick. Il est vrai qu'il avait obtenu l'autorisation de réouvrir sa cause dans l'affaire *R. v. Kishen Singh*⁴ pour remédier au fait de ne pas avoir, par mégarde, apporté la preuve d'une proclamation mettant en vigueur la loi en vertu de laquelle l'accusation avait été portée, mais c'est le juge du procès qui avait fait cela et l'accusé n'en avait subi aucun préjudice. Dans le cas présent, la poursuite n'a pas fait une omission par mégarde et, étant donné que l'accusation a été portée il y a près de quatre ans et qu'il y aura bientôt deux ans que le procès a eu lieu, je ne pourrais dire s'il y a eu préjudice et je ne crois pas que la poursuite mérite aucune indulgence.

Je rejeterais le pourvoi.

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

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Ce pourvoi soulève la question de la connaissance d'office des textes réglementaires. Vu que le jugement de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick a été publié⁵, il suffit d'indiquer seulement les faits dans leurs grandes lignes:

1) le 1^{er} février 1972, une dénonciation a été faite selon laquelle l'intimé aurait déversé des matières polluantes dans le port de Saint-Jean, en violation de l'art. 5b) du *Règlement sur la prévention de la pollution par les hydrocarbures*, commettant ainsi une infraction à l'art. 761

⁴ (1941), 76 C.C.C. 248.

⁵ (1974), 8 N.B.R. (2d) 297.

Canada Shipping Act as amended by c. 27 of the Statutes of Canada, 1970-71;

2) the trial was held in Saint John before a judge of the Provincial Court and both parties presented their cases;

3) during the argument, the judge pointed out to counsel for the Crown that the regulations referred to in the information had not been introduced formally in evidence, nor had a copy thereof even been submitted to the Court;

4) counsel for the defence did not reply to the judge's question if he would agree to have the regulations placed before the Court;

5) no copy of the *Canada Gazette* containing the text of the regulations was produced at any time to the Court.

The trial judge concluded that he could not take judicial notice of the regulations and dismissed the information. By stated case, pursuant to s. 762 of the *Criminal Code*, the Court of Appeal was asked whether or not this holding was correct in law and gave a unanimous answer in the affirmative. With leave, the question is now before us.

In the courts below, the defence had also raised a question of jurisdiction in the trial judge. This point has been abandoned by respondent in her factum.

The Court of Appeal has examined the question of judicial notice on the basis that the regulation, P.C. 1971-2005, SOR/71-495, which purport to have been made by the Governor General in Council pursuant to ss. 736 and 739 of the *Canada Shipping Act*, were published in vol. 105 of the *Canada Gazette*, at p. 1723 and following. I agree with this approach.

While four grounds had been raised by the Crown before the Court of Appeal in support of its submission, only two were pressed before us. Judicial notice of the regulations should have been taken

de la *Loi sur la marine marchande du Canada* modifiée par le c. 27 des Statuts du Canada, 1970-1971;

2) le procès a eu lieu à Saint-Jean devant un juge de la cour provinciale et les deux parties ont présenté leurs causes;

3) au cours de la plaidoirie, le juge a fait remarquer au substitut du Procureur général que le règlement mentionné dans la dénonciation n'avait pas été introduit officiellement en preuve et qu'aucune copie n'en avait été soumise à la Cour;

4) l'avocat de la défense n'a pas répondu à la question du juge lui demandant s'il accepterait que le règlement soit produit devant la Cour;

5) à aucun moment, on n'a produit devant la Cour un exemplaire de la *Gazette du Canada* contenant le texte du règlement.

Le juge de première instance a conclu qu'il ne pouvait prendre connaissance d'office du règlement et il a rejeté la dénonciation. Par voie d'exposé des faits et aux termes de l'art. 762 du *Code criminel*, on a demandé à la Cour d'appel si cette décision était bien fondée en droit et elle a donné, à l'unanimité, une réponse affirmative. Après en avoir obtenu l'autorisation, l'appelante nous soumet maintenant la question.

Devant les tribunaux inférieurs, la défense avait également soulevé la question de la compétence du juge de première instance. Dans son mémoire écrit, l'intimé s'est désisté sur ce point.

La Cour d'appel a étudié la question de la connaissance d'office en se fondant sur le fait que le règlement, C.P. 1971-2005, DORS/71-495, donné comme ayant été édicté par le gouverneur général en conseil conformément aux art. 736 et 739 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, a été publié aux pages 1723 et suivantes du vol. 105 de la *Gazette du Canada*. Je suis d'accord avec cette façon de procéder.

Bien que le ministère public ait avancé quatre motifs devant la Cour d'appel pour appuyer son plaidoyer, il n'insiste que sur deux devant nous. On aurait dû prendre connaissance d'office du règlement

- a) by virtue of s. 715 of the *Criminal Code*;
- b) by virtue of s. 23 of the *Statutory Instruments Act*, 1970-71 (Can.), c. 38.

Finding myself in agreement with the Crown on the second point, I will express no opinion on the first.

Section 23 reads:

(1) A statutory instrument that has been published in the *Canada Gazette* shall be judicially noticed.

(2) In addition to any other manner of proving the existence or contents of a statutory instrument, evidence of the existence or contents of a statutory instrument may be given by the production of a copy of the *Canada Gazette* purporting to contain the text of the statutory instrument.

(3) For the purposes of this section, where a regulation is included in a copy of a consolidation of regulations purporting to be printed by the Queen's Printer, that regulation shall be deemed to have been published in the *Canada Gazette*.

It is common ground that regulations are statutory instruments.

What is the meaning of subs. (1)? There is no doubt that if it read "a statutory instrument shall be judicially noticed", there would be no problem and the courts below would have taken judicial notice of the regulations. The difficulty arises because of the presence of the words "that has been published in the *Canada Gazette*". So that the real question is to determine the meaning of the words just quoted in the context of the subsection:

- a) one reading is that the words identify the class of instruments that must be judicially noticed without any evidence of any type being offered;
- b) another reading is that the words impose a condition precedent thus creating the obligation to prove the publication before judicial notice can be taken of the instrument.

The Court of Appeal has opted for the second meaning after a full review of the cases pro and con. I prefer the first interpretation.

- a) en vertu de l'art. 715 du *Code criminel*;
- b) en vertu de l'art. 23 de la *Loi sur les textes réglementaires*, 1970-1971 (Can.), c. 38.

D'accord avec le ministère public sur le deuxième point, je ne me prononce pas sur le premier.

L'article 23 se lit comme suit:

(1) Un texte réglementaire qui a été publié dans la *Gazette du Canada* sera admis d'office en justice.

(2) En plus de tout autre mode de preuve de l'existence ou du contenu d'un texte réglementaire, l'existence ou le contenu de ce texte peuvent être prouvés par la production d'un exemplaire de la *Gazette du Canada* présenté comme reproduisant le contenu de ce texte.

(3) Aux fins du présent article, lorsqu'un règlement est inclus dans un exemplaire de codification de règlements présenté comme ayant été imprimé par l'Imprimeur de la Reine, ce règlement est censé avoir été publié dans la *Gazette du Canada*.

Il est établi que les règlements sont des textes réglementaires.

Que signifie le par. (1)? Il ne fait aucun doute que s'il se lisait comme suit: «un texte réglementaire sera admis d'office en justice», il n'y aurait aucun problème et les tribunaux inférieurs auraient pris connaissance d'office du règlement. La difficulté provient des mots «qui a été publié dans la *Gazette du Canada*». Il s'agit donc de préciser le sens des mots que nous venons de citer dans le contexte du paragraphe:

- a) selon une interprétation, les mots définissent la catégorie des textes qui doivent être admis d'office en justice sans l'appui de preuves d'aucune sorte;
- b) selon une deuxième interprétation, les mots imposent une condition préalable en créant l'obligation de prouver la publication avant qu'on puisse prendre connaissance d'office des textes.

Après avoir bien pesé le pour et le contre, la Cour d'appel a adopté la seconde interprétation. Je préfère la première.

All instruments are not printed in the *Canada Gazette*; ss. 6, 11 and 27 of the *Statutory Instruments Act* make this point very clear. Parliament when it decided to enact the rule that statutory instruments should be judicially noticed, had to decide whether that rule would apply to all instruments or only to those published in the *Canada Gazette*. By subs. (1), it decided upon this last course. Thus by the words of the statute, the rule of judicial notice is limited to those instruments which in fact had been published in the *Gazette*. But this fact of publication needs no proof. To impose that condition as a preliminary step before judicial notice can be taken of an instrument is to make subs. 1 completely useless, subs. (2) being then entirely sufficient for the purpose of rendering very easy the proof of the existence, publication and contents of the instrument. No enactment should be thus deleted from a statute unless no other conclusion is possible.

It is interesting to compare the treatment of the subject matter in the Act under consideration with that of the Acts of Parliament in the *Canada Evidence Act*. To facilitate this comparison, I give below, side by side, the relevant texts:

Judicial Notice of Statutory Instruments	Judicial Notice
<p>23. (1) A statutory instrument that has been published in the <i>Canada Gazette</i> shall be judicially noticed.</p> <p>(2) In addition to any other manner of proving the existence or contents of a statutory instrument, evidence of the existence or contents of a statutory instrument may be given by the production of a copy of the <i>Canada Gazette</i> purporting to contain the text of the statutory instrument.</p>	<p>17. . . .</p> <p>18. Judicial notice shall be taken of all Acts of the Parliament of Canada, public or private, without being specially pleaded. 1967-68, c. 7, s. 40.</p> <p style="text-align: center;">Documentary Evidence</p> <p>19. Every copy of any Act of the Parliament of Canada, public or private, printed by the Queen's Printer, is evidence of such Act and of its contents; and every copy purporting to be printed by the Queen's Printer shall be deemed to be so printed, unless the contrary is shown. R.S., c. 307, s. 19.</p>

Under both statutes,

- a) judicial notice is an obligation;
- b) as a material support for that obligation, a document which otherwise would not be admissible in the Court record may be used.

Tous les textes ne sont pas imprimés dans la *Gazette du Canada*; les art. 6, 11 et 27 de la *Loi sur les textes réglementaires* sont très clairs à ce sujet. Lorsqu'il a décidé d'édicter la loi exigeant que les textes réglementaires soient admis d'office en justice, le Parlement devait dire si cette loi s'appliquait à tous les textes ou seulement à ceux qui étaient publiés dans la *Gazette du Canada*. Dans le par. 1, il s'est prononcé en faveur de ce dernier point. Ainsi, aux termes de la loi, la règle de la connaissance d'office se limite aux textes qui ont effectivement paru dans la *Gazette*. Mais il n'est pas nécessaire de prouver cette publication. Le fait d'imposer cette condition préalable à la connaissance d'office d'un texte équivaut à rendre le par. 1 tout à fait inutile, le par. 2 suffisant alors amplement à rendre des plus facile la preuve de l'existence, de la publication et du contenu du texte. Aucune disposition législative ne doit être ainsi supprimée à moins qu'il soit impossible de faire autrement.

Il est intéressant de comparer les textes de la loi à l'étude portant sur le sujet à ceux de la *Loi sur la preuve au Canada* traitant de la connaissance d'office des lois du Parlement. Pour en faciliter la comparaison, voici les articles correspondants:

Admission d'office des textes réglementaires en justice	Connaissance judiciaire
<p>23. (1) Un texte réglementaire qui a été publié dans la <i>Gazette du Canada</i> sera admis d'office en justice.</p> <p>(2) En plus de tout autre mode de preuve de l'existence ou du contenu d'un texte réglementaire, l'existence ou le contenu de ce texte peuvent être prouvés par la production d'un exemplaire de la <i>Gazette du Canada</i> présenté comme reproduisant le contenu de ce texte.</p>	<p>17. . . .</p> <p>18. Il est pris judiciairement connaissance de toutes les lois du Parlement du Canada, d'intérêt public ou privé, sans que lesdites lois soient spécialement plaidées. 1967-68, c. 7, art. 40.</p> <p style="text-align: center;">Preuve documentaire</p> <p>19. Tout exemplaire d'une loi du Parlement du Canada, qu'elle soit publique ou privée, imprimée par l'Imprimeur de la Reine, fait preuve de cette loi et de ce qui y est contenu. Tout exemplaire donné comme imprimé par l'Imprimeur de la Reine est réputé avoir été ainsi imprimé, sauf preuve du contraire. S.R., c. 307, art. 19.</p>

Ces deux lois,

- a) d'une part, rendent obligatoires la connaissance d'office, et, d'autre part,
- b) permettent, à cet égard, l'utilisation, à titre de support matériel, d'un document qui, en d'autres circonstances, ne serait pas admissible en preuve.

Thus, the purpose of subs. (2) of s. 23 becomes apparent. Parliament has stated that judges and courts in the discharge of their obligation to take judicial notice of statutory instruments printed in the *Canada Gazette* and of all Acts of Parliament need not feel obliged to ascertain the original text but can well be satisfied with using the contents as printed by the Queen's Printer. Thus, subs. (2) is not useless any more than s. 19 of the *Canada Evidence Act*.

Subsection (3) of s. 23 has no role in the problem under study. It deals with a narrower situation, namely consolidation of regulations, and completes subs. (2) by enacting that after such a consolidation, there is no need to go back to the number of the *Canada Gazette* where the regulation was originally published.

Thus, all three subsections of s. 23 have a meaning, which is not the case if the judgment appealed from is well founded. This meaning is the result of Parliament's decision to place on the same footing the statutory instruments published in the *Canada Gazette* and all Acts of Canada, public or private. This is a normal evolution in the light of the modern scientific possibilities to publish and to retrieve legal material. Till 1950, statutory instruments had to be proven under s. 21 of the *Canada Evidence Act*. If s. 23 of the *Statutory Instruments Act* does not add anything to that s. 21, it is a remarkable piece of useless legislation.

That evolution is not limited to Canada. In England where there is still, if I am well informed, no equivalent to s. 23, subs. (1) of our *Statutory Instruments Act*, Darling J., in *Duffin v. Markham*⁶, where an information had been dismissed because an Order under the Defence of the Realm Regulations had not been put in evidence, stated that the Justices "should have treated the objection of the respondents' solicitor as a mere technical triviality". In *Snell v. Unity Finance Co.*

⁶ (1918), 88 L.J.K.B. 581.

Ainsi, le but du par. (2) de l'art. 23 devient évident. Le Parlement a déclaré que les juges et les cours qui doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, prendre connaissance d'office des textes réglementaires imprimés dans la *Gazette du Canada* et de toutes les lois du Parlement, ne sont pas tenus d'en vérifier les textes originaux, mais peuvent se contenter d'avoir recours aux textes imprimés par l'Imprimeur de la Reine. Par conséquent, le par. (2) n'est pas inutile, pas plus d'ailleurs que l'art. 19 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Le paragraphe (3) de l'art. 23 n'a rien à voir avec le problème à l'étude. Il traite d'une situation plus restreinte, à savoir la codification des règlements, et il complète le par. (2) en décrétant qu'après une telle refonte, il n'y a pas lieu de remonter jusqu'au numéro de la *Gazette du Canada* où le règlement a été publié la première fois.

Ainsi, chacun des trois paragraphes de l'art. 23 a un sens, ce qui n'est pas le cas si le jugement dont il est fait appel est bien fondé. Cette signification résulte de la décision du Parlement de placer sur un pied d'égalité les textes réglementaires publiés dans la *Gazette du Canada* et toutes les lois du Canada, qu'elles soient d'intérêt public ou privé. Il s'agit là d'une évolution normale, compte tenu des moyens que nous offre la science moderne pour la publication et la conservation des textes juridiques. Jusqu'en 1950, il fallait prouver les textes réglementaires en vertu de l'art. 21 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Si l'art. 23 de la *Loi sur les textes réglementaires* n'ajoute rien à l'art. 21, il s'agit là d'un exemple flagrant de législation inutile.

Cette évolution ne se limite pas au Canada. En Angleterre, où il n'existe pas encore, si mes renseignements sont exacts, d'équivalent au par. (1) de l'art. 23 de notre *Loi sur les textes réglementaires*, le juge Darling, dans l'affaire *Duffin v. Markham*⁶, où une dénonciation avait été rejetée parce qu'on n'avait pas produit une ordonnance émise aux termes du règlement de la Défense du Royaume, déclarait que les juges [TRADUCTION] «auraient dû considérer l'objection de l'avocat des

⁶ (1918), 88 L.J.K.B. 581.

*Ltd.*⁷ decided in 1963, Willmer, L.J., with respect to a Control Order dealing with a hire-purchase agreement which had not been put in evidence, stated at p. 216:

It seems to me it is quite wrong to treat the order as being a matter of evidence. It is a statutory order having the force of a statute. It appears to me that it is the duty of a court, when such a statutory instrument is brought to its attention, to apply it.

It is true that the context of this particular statement was somewhat different from the one with which we are here concerned but I do believe it shows the evolution that is taking place in England in this area of the law.

Although I have come to the conclusion that appellant's submission is correct in law, I fail to understand why, as a matter of courtesy to the Court, counsel for the Crown at trial did not offer to the judge and to the defence a copy of the Regulations. He should have kept in mind the admonition of Baron Parke as reported in *Wigmore on Evidence*, 3rd ed., vol. 9, p. 538, footnote 3:

For the future, it would save time if, when you founded an objection upon an Act of Parliament, you had the Act here; for, though we are supposed to keep the statutes in our heads, we do not.

The lament of Scrutton L.J., in *Tolley v. Fry*⁸ at p. 475, is also pertinent:

It is difficult to know what judges are allowed to know, though they are ridiculed if they pretend not to know.

On the other hand, the trial judge, assuming that he rightfully came to the conclusion that he could not take judicial notice of the regulations (an assumption that, obviously, I am not ready to make), should have used his authority to take the step ordered by the Court of Appeal in the *Duffin* case (*supra*) and told the prosecution to prove the

intimés comme un simple détail technique». Dans l'affaire *Snell v. Unity Finance Co. Ltd.*⁷ jugée en 1963, le lord juge Willmer, se reportant à une ordonnance de contrôle qui traitait d'un contrat de location-vente et qui n'avait pas été produite en preuve, déclarait à la p. 216:

[TRADUCTION] Il me semble tout à fait incorrect de considérer l'ordonnance comme une question de preuve. Il s'agit d'une ordonnance réglementaire ayant force de loi. A mon avis, lorsqu'un texte réglementaire semblable est porté à l'attention d'une cour, il est de son devoir de l'appliquer.

Il est vrai que cette déclaration a été faite dans un contexte quelque peu différent de celui qui nous occupe présentement, mais je crois qu'elle témoigne de l'évolution qui a lieu en Angleterre dans ce secteur du droit.

Bien que j'en conclus que la requête de l'appellante est fondée en droit, je ne comprends pas pourquoi, par politesse envers la Cour, le substitut n'a pas, lors du procès, offert au juge et à la défense un exemplaire du règlement. Il aurait dû se rappeler le conseil du baron Parke consigné dans *Wigmore*, 3^e éd., vol. IX, à la p. 538, renvoi 3:

[TRADUCTION] A l'avenir, lorsque vous vous appuyez sur une loi du Parlement pour formuler une objection, nous gagnerions du temps si vous nous présentiez cette loi car, bien que nous soyons censés avoir présents à l'esprit tous les textes législatifs, en pratique cela nous est impossible.

Citons également les doléances du lord juge Scrutton dans l'affaire *Tolley v. Fry*⁸ à la p. 475:

[TRADUCTION] Il n'est pas facile de savoir ce que les juges peuvent connaître d'office; il est plus facile de les tourner en ridicule lorsqu'ils en soulignent les limites.

Par ailleurs, en supposant que le juge de première instance ait conclu, à juste titre, qu'il ne pouvait prendre connaissance d'office du règlement (hypothèse que, de toute évidence, je ne suis pas prêt à accepter), il aurait dû user de son autorité pour avoir recours à la mesure prise par la Cour d'appel dans l'affaire *Duffin (supra)*, et

⁷ [1964] 2 Q.B. 203.

⁸ [1930] 1 K.B. 467.

⁷ [1964] 2 Q.B. 203.

⁸ [1930] 1 Q.B. 467.

regulations, even granting an adjournment for that purpose if need be.

I would allow the appeal, set aside the Order of the Appeal Division of the New Brunswick Supreme Court and remit the matter to the trial judge for determination of the case on its merits.

Appeal allowed, LASKIN C.J. and SPENCE J. dissenting.

Solicitor for the appellant: D. S. Thorson, Ottawa.

Solicitors for the respondent: McLellan & McLellan, Saint John.

enjoindre à la poursuite de produire le règlement, et même, accorder, au besoin, un ajournement à cette fin.

J'accueillerais le pourvoi, infirmerais l'ordonnance de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick et renverrais l'affaire devant le juge de première instance pour en décider sur le fond.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LASKIN et le juge SPENCE étant dissidents.

Procureur de l'appelante: D. S. Thorson, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: McLellan & McLellan, Saint-Jean, (N.-B.).

Central Broadcasting Company Ltd.*Appellant;*

and

**Canada Labour Relations Board and
International Brotherhood of Electrical
Workers, Local Union No. 529 Respondents.**

1976: June 14, 15; 1976: June 29.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie,
Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Labour relations — Illegal strike — Dismissal of employees — Complaint of unfair labour practice — Dismissed employees ordered reinstated by Canada Labour Relations Board — Determination that employees listed in complaint were in fact union members — No presumption created against employer — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 184(3)(a)(i), 187, 188 — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 24(1).

A number of employees of the appellant company went on strike in violation of the *Canada Labour Code*. The appellant then terminated their employment as a result of which a complaint of unfair labour practice was lodged by the employees' bargaining agent, the respondent union. Thereafter, the Canada Labour Relations Board issued an order of reinstatement as to all of the employees mentioned in the complaint, less three, stipulating that the reinstated employees would be entitled to compensation. An application filed by the employer to set aside the Board's order was dismissed by the Federal Court of Appeal. By leave of this Court, the employer appealed from the judgment of the Federal Court of Appeal on the following points: (1) Did the Federal Court of Appeal err in failing to hold that the appellant could not be guilty of an offence under s. 184(3)(a)(i) of the *Canada Labour Code* unless the persons whose employment was discontinued by the appellant were, in fact, at that time, members of a trade union? (2) Did the said Court err in failing to hold that s. 188(3) of the *Canada Labour Code* did not create a presumption of failure on the part of the appellant to comply with the provisions of s. 184(3)(a) when a complaint in writing had been made pursuant to s. 187?

Held: The appeal should be dismissed.

Central Broadcasting Company Ltd.*Appelante;*

et

**Le Conseil canadien des relations du travail
et la Fraternité internationale des ouvriers en
électricité, section locale n° 529 Intimés.**

1976: les 14 et 15 juin; 1976: le 29 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Relations de travail — Grève illégale — Congédiement d'employés — Plainte alléguant des pratiques déloyales — Ordonnance du Conseil canadien des relations du travail réintégrant les employés congédiés — Décision selon laquelle les employés nommés dans la plainte étaient, en fait, membres du syndicat — Aucune présomption contre l'employeur — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, c. L-1, art. 184(3)a)(i), 187 et 188 — Loi d'interprétation S.R.C. 1970, c. I-23, art. 24(1).

Certains employés de la compagnie appelante se sont mis en grève, contrevenant aussi au *Code canadien du travail*. L'appelante a alors mis fin à leur emploi. L'agent négociateur des employés, le syndicat intimé, a déposé une plainte alléguant des pratiques déloyales. Après cela, le Conseil canadien des relations du travail a ordonné la réintégration de tous les employés mentionnés dans la plainte, sauf trois, et l'indemnisation des employés réintégrés. Une demande présentée par l'employeur visant à annuler l'ordonnance du Conseil a été rejetée par la Cour d'appel fédérale. Avec l'autorisation de cette Cour, l'employeur a interjeté appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale sur les deux questions suivantes: (1) Est-ce que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en ne statuant pas que la requérante ne pouvait pas être déclarée coupable d'une infraction en vertu de l'art. 184(3)a)(i) du *Code canadien du travail* à moins que les personnes mises à pied par la requérante n'aient effectivement été, à cette époque, membres d'un syndicat? (2) Est-ce que ladite Cour a commis une erreur en ne statuant pas que l'art. 188(3) du *Code canadien du travail* ne crée pas une présomption voulant que la requérante ne se soit pas conformée aux dispositions de l'art. 184(3)a) lorsqu'une plainte a été déposée par écrit aux termes de l'art. 187?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

In making the determination that the employees listed in the complaint were in fact union members, the Board was not limited to a strict and technical interpretation of union constitution and by-laws; as underlined by the Court of Appeal, the Board may take a broader approach. In the present instance, this broad approach was actually taken by the Board.

As to the second point, s. 188(3) of the *Canada Labour Code* must be read with s. 24(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23. There is no onus against the employer whenever some evidence is adduced in addition to the complaint; in that situation, to reach a conclusion the Board must weigh the whole of the evidence taking all the circumstances into account. The statute simply enacts that the fact mentioned in the complaint "shall be deemed to be established in the absence of any evidence to the contrary". If evidence to the contrary is presented by any of the parties, there is no justification for the Board to conclude that, should on all of the evidence the scale be evenly balanced, the complaint must be considered as having been established. Such a conclusion would amount to a statement that an onus exists against the employer and the *Code* does not permit of such a conclusion.

However it was obvious that, quite apart from any presumption, the Board had looked at the entire evidence and had come to the conclusion that on the whole thereof, taking into account the credibility of the witnesses and other circumstances, "the fact that the employees listed in the complaint were union members was, at the very least, a proximate cause for their dismissal".

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹, dismissing an application to set aside a decision of the Canada Labour Relations Board. Appeal dismissed.

D. K. MacPherson, Q.C., for the appellant.

J. Baigent and R. Germaine, for the respondent Canada Labour Relations Board.

G. Taylor, Q.C., for the respondent International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union No. 529.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—By leave of this Court appeal was authorized to lodge an appeal from the

¹ [1975] F.C. 314.

Pour trancher la question de savoir si les employés nommés dans la plainte étaient, en fait, membres du syndicat, le Conseil n'était pas astreint à une interprétation stricte et procédurale des statuts du syndicat et de ses règlements; comme l'a souligné la Cour d'appel, le Conseil peut adopter une interprétation plus large. En l'espèce, c'est ce qu'il a fait.

Quant à la seconde question, il faut lire le par. 188(3) du *Code canadien du travail* en corrélation avec le par. 24(1) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23. L'employeur n'a pas la charge de la preuve lorsque des éléments de preuve sont présentés en plus de la plainte; dans ce cas, pour arriver à une conclusion, le Conseil doit examiner l'ensemble de la preuve en tenant compte de toutes les circonstances. La Loi édicte simplement que le fait mentionné dans la plainte «est alors réputé établi en l'absence de toute preuve contraire». Si l'une ou l'autre des parties présente une preuve contraire, le Conseil n'est pas fondé à conclure que, si la preuve n'est pas plus probante dans un sens que dans l'autre, la plainte est établie. Cela reviendrait à dire que l'employeur a la charge de la preuve et rien dans le *Code* ne nous permet de tirer une telle conclusion.

Cependant, il était évident qu'abstraction faite de la présomption, le Conseil avait examiné l'ensemble de la preuve et en était venu à la conclusion que, compte tenu de celle-ci, de la crédibilité des témoins et des autres circonstances, «le fait que ces employés aient été membres d'un syndicat est, à tout le moins, une cause immédiate de leur congédiement».

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹, rejetant une demande d'annulation d'une décision du Conseil canadien des relations du travail. Pourvoi rejeté.

D. K. MacPherson, c.r., pour l'appelante.

J. Baigent et R. Germaine, pour l'intimé, le Conseil canadien des relations du travail.

G. Taylor, c.r., pour l'intimée, la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale n° 529.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Avec l'autorisation de cette Cour, l'appelante interjette appel de l'ar-

¹ [1975] C.F. 314.

judgment of the Federal Court of Appeal, on the two following points:

Did the Federal Court of Appeal err in failing to hold that the appellant could not be guilty of an offence under s. 184(3)(a)(i) of the Canada Labour Code unless the persons whose employment was discontinued by the appellant were, in fact, at that time, members of a trade union?

Did the said Court err in failing to hold that s. 188(3) of the Canada Labour Code did not create a presumption of failure on the part of the appellant to comply with the provisions of s. 184(3)(a) when a complaint in writing had been made pursuant to s. 187?

A short statement of the facts will suffice. For many years, the appellant has operated a radio and television broadcasting business in Prince Albert, Saskatchewan. In May 1974, the Canada Labour Relations Board issued its certification order whereby the respondent union was certified as the bargaining agent for certain of the employees of the appellant. Thereafter, a number of meetings took place and eventually the union requested the services of a conciliation officer and one was appointed by the Minister of Labour on November 6, 1974. This officer subsequently arranged to meet with the parties from December 11th to 13th.

On December 2, 1974, a number of appellant's employees went on strike. It is common ground that this step was in violation of the *Canada Labour Code*. On the same date, the appellant terminated their employment as a result of which on January 24, 1975, the union lodged a complaint of unfair labour practice alleging that the conduct of appellant constituted

- a) refusal to employ or continue to employ any person because the person is a member of a trade union, contrary to Section 184(3)(a)(i) of the Canada Labour Code;
- b) intimidation, threat of dismissal or other threat to compel a person to refrain from becoming or cease to be a member, officer or representative of a trade union, contrary to Section 184(3)(e) of the Canada Labour Code.

On February 19, 1975, the Canada Labour Relations Board issued its order of reinstatement as to

rêt de la Cour d'appel fédérale, sur les deux questions suivantes:

Est-ce que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en ne statuant pas que la requérante ne pouvait pas être déclarée coupable d'une infraction en vertu de l'art. 184(3)(a)(i) du Code canadien du travail à moins que les personnes mises à pied par la requérante n'aient effectivement été, à cette époque, membres d'un syndicat?

Est-ce que ladite Cour a commis une erreur en ne statuant pas que l'art. 188(3) du Code canadien du travail ne crée pas une présomption voulant que la requérante ne se soit pas conformée aux dispositions de l'art. 184(3)(a) lorsqu'une plainte a été déposée par écrit aux termes de l'art. 187?

Un bref exposé des faits suffira. Depuis bon nombre d'années, l'appelante exploite une entreprise de radiodiffusion et de télévision à Prince Albert (Saskatchewan). En mai 1974, le Conseil canadien des relations du travail a accrédité le syndicat intimé à titre d'agent négociateur de certains des employés de l'appelante. Après plusieurs réunions, le syndicat a finalement demandé les services d'un conciliateur. Le ministre du Travail en a nommé un le 6 novembre 1974. Le conciliateur a organisé des rencontres avec les parties les 11, 12 et 13 décembre.

Le 2 décembre 1974, certains employés de l'appelante se sont mis en grève. Il est admis que cette action contrevenait au *Code canadien du travail*. Le même jour, l'appelante a mis fin à l'emploi de ces grévistes et, le 24 janvier 1975, le syndicat a déposé une plainte contre l'appelante alléguant qu'elle avait eu recours à des pratiques déloyales, à savoir:

- [TRADUCTION] a) le refus d'embaucher ou de continuer à employer une personne parce qu'elle est membre d'un syndicat, en violation de l'al. 184(3)a)(i) du Code canadien du travail;
- b) une mesure d'intimidation, une menace de congédiement ou un autre genre de menace pour contraindre une personne soit à s'abstenir de devenir soit à cesser d'être membre, dirigeant ou représentant d'un syndicat, en violation de l'al. 184(3)e) du Code canadien du travail.

Le 19 février 1975, le Conseil canadien des relations du travail a ordonné la réintégration de tous

all of the employees mentioned in the complaint, less three, stipulating that the reinstated employees would be entitled to compensation. On May 14, the s. 28 application filed by the employer was dismissed by the Federal Court of Appeal.

I now turn to the two issues before this Court.

I—ACTUAL MEMBERSHIP

Section 184(3)(a)(i) of the *Canada Labour Code* reads:

No employer and no person acting on behalf of an employer shall

(a) refuse to employ or to continue to employ any person or otherwise discriminate against any person in regard to employment or any term or condition of employment, because the person

(i) is a member of a trade union.

Appellant submits that both the Board and the Federal Court of Appeal interpreted this section to mean that actual membership in the union is not necessary for there to be a finding against the employer. There is no doubt that in the reasons of the Board (75 CLLC 16,711) there are expressions going far in that direction. For example (p. 16,723):

Thus, what really matters is not whether, in fact, the employee is a union member but whether the employer so believed and has terminated him for this reason.

And again (p. 16,723):

However, to defend against such a complaint, it is not enough for an Employer to demonstrate that the person aggrieved never in fact became a union member . . .

These bare statements taken by themselves are said by appellant to amount to an error of law and to justify the intervention of the Courts. They should, however, be read in their context. This context is that, six months before the dismissal, the certification order was issued on evidence of membership in the union substantially similar to that submitted to the Board in the case at bar. As I read the evidence, the majority of the employees dismissed on December 2nd had joined the union prior to the hearing that led to the certification order and their status as union members was the

les employés mentionnés dans la plainte, sauf trois, et l'indemnisation des employés réintégrés. Le 14 mai, la demande présentée par l'employeur en vertu de l'art. 28 a été rejetée par la Cour d'appel fédérale.

Je passe maintenant aux deux questions soumises à cette Cour.

I—APPARTENANCE EFFECTIVE AU SYNDICAT

L'alinéa 184(3)a(i) du *Code canadien du travail* porte que:

Nul employeur et nulle personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit

a) refuser d'embaucher ou de continuer à employer une personne, ni autrement prendre contre une personne des mesures discriminatoires en ce qui concerne un emploi ou une condition d'emploi, parce que cette personne

(i) est membre d'un syndicat.

L'appelante prétend que, selon l'interprétation de cet article donnée par le Conseil et par la Cour d'appel fédérale, l'employeur contrevient à l'article en question même si l'employé ne faisait pas effectivement partie du syndicat. Il est évident que certains passages des motifs du Conseil (75 CLLC 16,711) vont assez loin dans ce sens. Par exemple (à la p. 16,723):

Ainsi, ce qui importe vraiment n'est pas de savoir si l'employé est membre du syndicat, mais si l'employeur le croyait tel et l'a congédié pour ce motif.

Et plus loin (à la p. 16,723):

Toutefois, pour réfuter une telle plainte, il ne suffit pas qu'un employeur démontre que la personne lésée n'a jamais, en fait, adhéré à un syndicat . . .

Selon l'appelante, ces affirmations constituent une erreur de droit qui justifie l'intervention des tribunaux. Mais, il faut tenir compte de leur contexte: six mois avant le congédiement, l'ordonnance d'accréditation a été prononcée sur la foi d'éléments de preuve concernant les membres du syndicat, en grande partie similaires à la preuve soumise au Conseil en l'espèce. Ces éléments de preuve semblent à mon avis indiquer que la majorité des employés congédiés le 2 décembre avaient adhéré au syndicat avant l'audition qui a mené à l'ordonnance d'accréditation et que leur statut de

same in May and in December 1974. In the circumstances, I do not see that this is a case where should be applied the principle enunciated by this Court in *Metropolitan Life Insurance Company v. International Union of Operating Engineers, Local 796*². In my view, when the time elapsed between the certification order and the dismissal is relatively short, the matter takes a different colour which the Federal Court of Appeal expressed correctly (p. 315):

The employees certainly believed that they had become members of the union; the employer shared that belief and an official of the union stated that they were members. In those circumstances, the fact that for legal and technical reasons the employees might have not been members of the respondent union is, in our view, irrelevant in determining whether the employer, in dismissing them, has violated section 184(3)(a)(i) of the *Canada Labour Code*.

Under s. 118 of the *Canada Labour Code*,

The Board has, in relation to any proceeding before it, power . . .

(p) to decide . . . any question that may arise in the proceeding, including, . . . any question as to whether

(iii) a person is a member of a trade union.

In making that determination, the Board is not limited to a strict and technical interpretation of union constitution and by-laws; as underlined by the Court of Appeal, the Board may take a broader approach. In the present instance, this broad approach was actually taken by the Board which made a finding "that the employees listed in the complaint are in fact union members" (p. 16,725). It is unfortunate that this finding was accompanied by statements like the ones quoted above which have obscured the issue.

II—PRESUMPTION

Section 188(3) of the *Canada Labour Code* reads:

A complaint in writing made pursuant to section 187 in respect of an alleged failure by an employer or any person acting on behalf of an employer to comply with

² [1970] S.C.R. 425.

membres du syndicat était le même en mai et en décembre 1974. Dans les circonstances, il ne s'agit pas, selon moi, d'un cas où il faut appliquer le principe énoncé par cette Cour dans *Metropolitan Life Insurance Company c. International Union of Operating Engineers, Local 796*². A mon avis, lorsque la période qui s'est écoulée entre l'ordonnance d'accréditation et le congédiement est relativement courte, la question prend un aspect différent, comme l'explique d'ailleurs la Cour d'appel fédérale (à la p. 315):

Ils pensaient certainement être membres du syndicat; l'employeur partageait leur opinion et un agent du syndicat affirma qu'ils en étaient membres. Dans les circonstances, le fait que pour des raisons juridiques et de procédure les employés peuvent ne pas avoir été membres du syndicat intimé n'est pas pertinent à notre avis pour déterminer si l'employeur, en les congédiant, a enfreint les dispositions de l'article 184(3)a(i) du *Code canadien du travail*.

En vertu de l'art. 118 du *Code canadien du travail*,

Le Conseil a, relativement à toute procédure engagée devant lui, le pouvoir . . .

p) de trancher . . . toute question qui peut se poser, à l'occasion de la procédure, notamment . . . la question de savoir

(iii) si une personne est membre d'un syndicat.

Pour trancher cette question, le Conseil n'est pas astreint à une interprétation stricte et procédurale des statuts du syndicat et de ses règlements; comme l'a souligné la Cour d'appel, le Conseil peut adopter une interprétation plus large. En l'espèce, c'est ce qu'il a fait en statuant «que les employés nommés dans la plainte sont, en fait, membres du syndicat» (à la p. 16,725). Il est malheureux que cette conclusion soit assortie d'affirmations du genre de celles que j'ai citées plus haut, qui ne font qu'embrouiller la question.

II—PRÉSUMPTION

Le paragraphe 188(3) du *Code canadien du travail* prévoit que:

Une plainte déposée par écrit en application de l'article 187 et portant qu'un employeur ou une personne agissant pour le compte d'un employeur ne se serait pas

² [1970] R.C.S. 425.

paragraph 184(3)(a) is evidence that the employer or person has failed to comply with that paragraph.

Appellant, and quite rightly so, has submitted that this section must be read with s. 24(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23:

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.

Appellant has submitted with considerable vigour that these two sections when read together establish the following rules:

- 1) when there exists a complaint in writing, this document is evidence;
- 2) if no other evidence is presented, the fact mentioned in the complaint shall be deemed to be established;
- 3) if, however, there is other evidence, as was the case here through Mr. Rawlinson, the president of the appellant company, then the complaint ceases to be evidence of anything and the Board is left with the unchallenged and uncontradicted evidence of the witness, which it is bound to accept.

This reading of the two sections is based on the assumption that the words "in the absence of any evidence to the contrary" modify not only the words "the fact shall be deemed to be established" which immediately precede them but also the previous words, namely "the document is admissible in evidence". Expressed otherwise, the submission of the appellant is that s. 24(1) of the *Interpretation Act* enacts that the complaint is only admissible in evidence in the absence of any evidence to the contrary.

I cannot accept that submission. To my mind, it does violence to the wording which is clear and plain. The complaint is admissible in evidence and, if it stands alone, the fact therein alleged "shall be deemed to be established". If other evidence is adduced, then the Board has the duty to look at all

conformé à l'alinéa 184(3)a) constitue une preuve que cet employeur ou cette personne ne s'est pas conformé à cet alinéa.

L'appelante a prétendu, à bon escient d'ailleurs, qu'il faut lire cet article en corrélation avec le par. 24(1) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23:

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.

L'appelante a prétendu avec beaucoup d'insistance que ces deux articles, interprétés l'un en regard de l'autre, édictent les règles suivantes:

- 1) une plainte écrite constitue un élément de preuve;
- 2) si aucun autre élément de preuve n'est présenté, le fait mentionné dans la plainte est réputé établi;
- 3) si, toutefois, il existe d'autres éléments de preuve, comme c'était le cas en l'espèce, étant donné le témoignage du président de la compagnie appelante, M. Rawlinson, la plainte cesse d'être la preuve de quoi que ce soit et le Conseil n'a plus devant lui qu'un témoignage non contesté et non contredit, qu'il est tenu d'accepter.

Cette interprétation des deux articles suppose que les mots «en l'absence de toute preuve contraire» se rapportent non seulement à la proposition «le fait est alors réputé établi» qui les précède immédiatement mais aussi à la proposition précédant celle-ci, à savoir, «ce dernier est recevable comme preuve». En d'autres mots, l'appelante prétend que le par. 24(1) de la *Loi d'interprétation* édicte que la plainte n'est recevable comme preuve qu'en l'absence de toute preuve contraire.

Je ne puis souscrire à cette prétention. A mon avis, elle fait violence à un texte clair et précis. La plainte est recevable comme preuve et, s'il n'y a pas d'autre preuve, le fait qui y est allégué «est alors réputé établi». Si d'autres éléments de preuve sont présentés, le Conseil alors est tenu d'examiner

the evidence and to weigh both the complaint and all the other material, written or oral.

But continues the appellant, even if the Board was entitled to look at the entire evidence including the complaint in order to reach its conclusion, it committed an error of law when it stated repeatedly throughout its reasons that the *Code* creates against the employer a presumption that must be overturned if there is not to be a finding of unfair labour practice. On this point, appellant is apparently on firmer ground; here again, the choice of words by the Board is unfortunate. There is no doubt that its reasons contain numerous statements that a presumption exists against the employer in matters of this kind. It is true that the word "presumption" may have many meanings and, if it had been used alone, I would have been inclined to accept the explanation that what the Board had really meant was "inference". Taking the words of the Board at their face value, it is not possible to give that meaning to the word "presumption" because on many occasions it is stated in the reasons that the presumption has to be overturned. It follows that the members of the Board apparently had in mind that the *Code* creates a burden against the employer.

If that conclusion had been the turning point of the decision, an error in law would exist entailing nullity. Reading together s. 188(3) of the *Canada Labour Code* and s. 24(1) of the *Interpretation Act*, I am satisfied that there is no onus against the employer whenever some evidence is adduced in addition to the complaint; in that situation, to reach a conclusion the Board must weigh the whole of the evidence taking all the circumstances into account. The statute simply enacts that the fact mentioned in the complaint "shall be deemed to be established in the absence of any evidence to the contrary". If evidence to the contrary is presented by any of the parties, there is no justification for the Board to conclude that, should on all of the evidence the scale be evenly balanced, the complaint must be considered as having been established. Such a conclusion would amount to a

tous ces éléments et de considérer tout aussi bien la plainte que tous ces autres éléments, écrits ou oraux.

Mais, poursuit l'appelante, même si le Conseil était fondé à examiner l'ensemble de la preuve, y compris la plainte, pour arriver à sa conclusion, il a commis une erreur de droit en déclarant à plusieurs reprises dans ses motifs que le *Code* crée contre l'employeur une présomption qui doit être renversée pour pouvoir conclure qu'il n'y a pas eu pratiques déloyales. Sur cette question, l'appelante me semble se fonder sur des moyens plus sérieux; ici encore, le Conseil aurait pu mieux choisir ses mots. Indubitablement, le Conseil affirme à plusieurs reprises dans ses motifs qu'il existe une présomption contre l'employeur dans des affaires de ce genre. Il est vrai que le mot «présomption» peut avoir plusieurs sens et, s'il était employé seul, j'aurais été porté à admettre l'explication selon laquelle le Conseil voulait en fait dire «déduction». Mais si l'on prend de façon littérale les mots employés par le Conseil, il n'est pas possible de donner ce sens au mot «présomption» puisqu'à plusieurs reprises, le Conseil déclare dans ses motifs que la présomption doit être renversée. Les membres du Conseil pensaient donc, apparemment, qu'en vertu du *Code*, l'employeur avait la charge de la preuve.

Si cette conclusion avait été le point central de la décision, il y aurait erreur de droit entraînant la nullité. Compte tenu à la fois du par. 188(3) du *Code canadien du travail* et du par. 24(1) de la *Loi d'interprétation*, je conclus que l'employeur n'a pas la charge de la preuve lorsque des éléments de preuve sont présentés en plus de la plainte; dans ce cas, pour arriver à une conclusion, le Conseil doit examiner l'ensemble de la preuve en tenant compte de toutes les circonstances. La loi édicte simplement que le fait mentionné dans la plainte «est alors réputé établi en l'absence de toute preuve contraire». Si l'une ou l'autre des parties présente une preuve contraire, le Conseil n'est pas fondé à conclure que, si la preuve n'est plus probante dans un sens que dans l'autre, la plainte est établie. Cela reviendrait à dire que l'employeur a la charge de la preuve et rien dans le *Code* ne nous permet

statement that an onus exists against the employer and the *Code* does not permit of such a conclusion.

In my opinion though the decision of the Board did not turn on the existence or non-existence of a presumption against the employer which had to be overturned. From the lengthy reasons of the Board, it is obvious that, quite apart from any presumption, the Board has looked at the entire evidence and has come to the conclusion that on the whole thereof, taking into account the credibility of the witnesses and other circumstances, "the fact that the employees listed in the complaint were union members was, at the very least, a proximate cause for their dismissal" (p. 16,728). While it may well be that sitting in first instance I would have reached a different conclusion, this is not the test to be applied and I cannot say that the unfortunate use by the Board of the word "presumption" is sufficient to overturn its conclusion reached "on the evidence as a whole" (p. 16,726).

* * *

Two last points:

1) The Board appeared before us after having filed a lengthy factum; inasmuch as the jurisdiction of the Board as such has not been challenged, it was our unanimous view that the Board had really no standing before us and counsel appearing for the Board was not invited to address the Court;

2) in the case at bar, as submitted to this Court, nothing turns on the fact that the dismissed employees were participating in a strike prohibited by the *Labour Code*; of course, the impact of an illegal strike on some aspects of the contract of employment was examined in a different context in *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough et al.*³

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

³ [1976] 1 S.C.R. 718.

de tirer une telle conclusion.

A mon avis, toutefois, la décision du Conseil ne tenait pas à l'existence ou à l'inexistence d'une présomption contre l'employeur qui devait être renversée. Il ressort des longs motifs du Conseil qu'abstraction faite de la présomption, il a examiné l'ensemble de la preuve et en est venu à la conclusion que, compte tenu de celle-ci, de la crédibilité des témoins et des autres circonstances, «le fait que ces employés aient été membres d'un syndicat est, à tout le moins, une cause immédiate de leur congédiement» (à la p. 16,728). S'il est vrai que, si j'avais été le juge de première instance, j'aurais bien pu arriver à une conclusion différente, ce n'est pas là le critère à appliquer et je ne puis dire que l'emploi malheureux par le Conseil du mot «présomption» suffit à infirmer sa conclusion fondée «sur l'ensemble de la preuve» (à la p. 16,726).

* * *

Deux derniers points:

1) Le Conseil a comparu devant nous après avoir produit un long factum; étant donné que la compétence du Conseil n'a pas été contestée comme telle, nous sommes unanimement d'avis que le Conseil n'avait pas véritablement qualité pour comparaître et l'avocat le représentant n'a pas été entendu par la Cour;

2) en l'espèce, comme on l'a d'ailleurs signalé à cette Cour, le fait que les employés congédiés aient participé à une grève interdite par le *Code du travail* n'entre pas du tout en ligne de compte; bien sûr, l'effet d'une grève illégale sur certains aspects du contrat de travail a été examiné dans un contexte différent dans *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough et al.*³

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

³ [1976] 1 R.C.S. 718.

Solicitors for the respondent union: Goldenberg, Taylor & Tallis, Saskatoon.

Solicitors for the respondent Canada Labour Relations Board: Gibbins, Rosenbloom & Germaine, Vancouver.

Procureurs du syndicat intimé: Goldenberg, Taylor & Tallis, Saskatoon.

Procureurs de l'intimé Conseil canadien des relations du travail: Gibbins, Rosenbloom & Germaine, Vancouver.

Serge Barrette *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1975: November 26 and 27; 1976: January 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Right to obtain the assistance of counsel — Application for adjournment — Judge's discretion — Prejudice suffered by accused — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 577(3), 613.

Charged with assaulting a peace officer, appellant was sentenced to imprisonment for one year. At his trial on April 6, 1973 the accused filed an application for adjournment because his counsel was not present. The judge denied the application on the grounds that the case dated back to the previous November and that counsel, who was occupied elsewhere, had not justified his absence. Appellant was therefore directed to proceed without the assistance of counsel. The majority of the Court of Appeal held that appellant, even though not represented by counsel, was given the opportunity to make a full defence and received a fair trial, and refused to order a new trial. Hence the appeal to this Court.

Held (Martland, Ritchie and de Grandpré JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Judson, Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ.: However serious the fault of counsel, a fault which constituted *prima facie* contempt of court, there was nothing which authorized the trial judge to presume the connivance or complicity of the accused or without any evidence to lay the blame for the fault of counsel on him. The accused has the right "to make full . . . defence personally or by counsel" (s. 577(3) *Cr. C.*). Although the decision on an adjournment necessary for the exercise of this right is in the judge's discretion, he must exercise this discretion judicially. His decision may thus be reviewed on appeal if it is based on reasons which are not well founded in law. This right of review is especially wide when the consequence of the exercise of discretion was that someone was deprived of his rights, whether in criminal or in civil proceedings.

Serge Barrette *Appellant*;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*.

1975: les 26 et 27 novembre; 1976: le 30 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Droit à l'assistance d'un avocat — Demande d'ajournement — Discretion du juge — Préjudice subi par l'inculpé — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 577 (3), 613.

Inculpé de voies de fait sur la personne d'un agent de la paix, l'appelant a été condamné à un an d'emprisonnement. Lors de son procès, le 6 avril 1973, l'accusé a présenté une demande d'ajournement en raison de l'absence de son avocat. Le juge a refusé la requête sous prétexte que la cause était déjà fixée depuis le mois de novembre précédent et que l'avocat, occupé ailleurs, n'avait pas justifié son absence. L'appelant a donc été obligé de procéder sans l'assistance d'un avocat. La majorité de la Cour d'appel a considéré que l'appelant, même s'il n'était pas représenté par un avocat, avait eu l'occasion de présenter une pleine défense et avait eu une audition équitable, et elle a refusé un nouveau procès. D'où le pourvoi devant cette Cour.

Arrêt (les juges Martland, Ritchie et de Grandpré étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence, Pigeon, Dickson et Beetz: Quelle que soit la gravité de la faute de l'avocat, faute qui *prima facie* constituait un outrage au tribunal, il n'y avait rien qui permettait au juge du procès de présumer la connivance ou la complicité de l'accusé ou de lui imputer sans preuve la responsabilité de la faute de son avocat. C'est un droit pour l'accusé que «de présenter personnellement ou par avocat une pleine . . . défense» (art. 577(3) *C. cr.*). Même si la décision sur un ajournement nécessaire à l'exercice de ce droit relève de la discrétion du juge, celui-ci a le devoir d'exercer judicieusement cette discrétion. Sa décision pourra donc être révisée en appel si elle repose sur des motifs erronés en droit. Ce pouvoir de révision est particulièrement rigoureux lorsque l'exercice de la discrétion a eu pour conséquence la privation d'un droit que ce soit en matière civile ou en matière criminelle.

As to the English judgments where the Court refused to quash the conviction of accused persons deprived of the services of counsel, it must not be overlooked that at that time in England the quashing of a verdict by the Court of Appeal meant the definitive acquittal of the accused. Hence the tendency to uphold a conviction, despite an error of law, if there was no miscarriage of justice.

It cannot be said in the case at bar that the accused suffered no prejudice by being forced to defend himself without enjoying the assistance of counsel, and without being able to summon as a witness a person having knowledge of the incident which led up to the conviction. While it is true that counsel for the prosecution treated the accused with consideration, it cannot be concluded that he had a fair trial. The accused cannot be considered manifestly guilty when the evidence for the defence is incomplete and imperfect as a result of the absence of counsel and of a witness. The principle to be followed is as stated by the Court of Appeal of Quebec in *Talbot v. R.* ([1965] Que. Q.B. 159), namely, that if the offence was serious enough to warrant a sentence of six months imprisonment, it was serious enough to warrant that the appellant be allowed to be defended by a lawyer if he so wished.

Per Martland, Ritchie and de Grandpré JJ. dissenting: As it must be determined whether a miscarriage of justice was perpetrated by the trial judge in the exercise of his discretion, and his decision was upheld by the Court of Appeal, this Court must interfere only if it is clear that the judgment *a quo* is based on an error of principle. This rule is particularly important when the decision *a quo* presupposes an intimate knowledge of the local situation. The Court of Appeal of England, which has a much freer hand than this Court because it is a first court of appeal, has intervened in cases of this kind only when the fact that the accused was not represented by counsel might have constituted a denial of justice and have modified the result of the trial. The accused has not convinced this Court that the presence of his lawyer would have changed the outcome, indeed to the contrary. The right to the presence of counsel is a right which has limits, and the administration of justice requires that society be protected as well.

[*Talbot v. R.*, [1965] Qué. Q.B. 159, applied; *Spataro v. R.*, [1974] S.C.R. 253; *Mary Kingston* (1948), 32 Cr. App. Rep. 183, distinguished; *McKeown v. R.*, [1971] S.C.R. 446; *Frank v. Alpert*, [1971] S.C.R. 637; *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380; *Ladouceur v. Howarth*, [1974] S.C.R. 1111; *Whitco Chemical Co. v. Oakville*, [1975] 1 S.C.R. 273, (1974), 43 D.L.R. (3d)

Quant aux arrêts anglais où l'on a refusé d'annuler la condamnation d'accusés privés des services d'un avocat, il ne faut pas oublier qu'en Angleterre l'annulation du verdict par la Cour d'appel signifiait alors l'acquittement définitif de l'accusé. D'où la tendance à maintenir la condamnation malgré une erreur de droit s'il n'y avait pas déni de justice.

On ne peut dire en l'espèce que l'accusé n'a subi aucun tort important en étant forcé de se défendre sans l'aide d'un avocat et sans pouvoir citer à comparaître comme témoin une personne qui a eu connaissance de l'altercation qui a donné lieu à la condamnation. Tout en admettant que l'avocat de la poursuite a traité l'inculpé avec ménagement, on ne peut conclure qu'il a eu un procès équitable. L'inculpé ne peut être considéré comme une personne manifestement coupable lorsque la preuve de la défense est incomplète et imparfaite par suite de l'absence d'avocat et de témoin. Il y a lieu de suivre le principe énoncé par la Cour d'appel du Québec dans *Talbot c. R.* ([1965] B.R. 159), à savoir, que si l'infraction est assez grave pour justifier une condamnation à six mois de prison, elle est certainement assez sérieuse pour que l'accusé soit autorisé à faire appel à un avocat pour sa défense, s'il le souhaite.

Les juges Martland, Ritchie et de Grandpré dissidents: Comme il s'agit de déterminer si une erreur judiciaire grave a été commise par le premier juge dans l'exercice de sa discrétion et que la décision de ce dernier a été confirmée par la Cour d'appel, cette Cour ne doit intervenir que s'il est manifeste que le jugement dont appel est entaché d'une erreur de principe. Cette règle a une importance particulière lorsque la décision attaquée présuppose une connaissance intime de la situation locale. Dans des matières semblables, la Cour d'appel d'Angleterre dont les coutumes sont beaucoup plus franches que celles de cette Cour parce que premier tribunal d'appel, n'est intervenue que lorsque le fait de ne pas être représenté par un avocat a pu constituer un déni de justice et modifier le résultat du procès. L'accusé n'a pas convaincu cette Cour que la présence de son avocat aurait changé le résultat, bien au contraire. Le droit à la présence d'un avocat est un droit qui comporte des limites et l'administration de la justice exige que la société soit, elle aussi, protégée.

[Arrêt suivi: *Talbot c. R.*, [1965] B.R. 159; distinction faite avec les arrêts: *Spataro c. R.*, [1974] R.C.S. 253; *Mary Kingston* (1948), 32 Cr. App. Rep. 183; arrêts mentionnés: *McKeown c. R.*, [1971] R.C.S. 446; *Frank c. Alpert*, [1971] R.C.S. 637; *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 380; *Ladouceur c. Howarth*, [1974] R.C.S. 1111; *Whitco Chemical Co. c. Oakville*, [1975] 1

413; *General Foods v. Struthers*, [1974] S.C.R. 98; *Hamel v. Brunelle*, [1977] 1 S.C.R. 147; *Donald Winston Sowden* (1964), 49 Cr. App. Rep. 32; *Lacey and Wright* (1966), 50 Cr. App. Rep. 205; *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273, referred to.]

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec dismissing appellant's application for a new trial. Appeal allowed and a new trial ordered, Martland, Ritchie and de Grandpré JJ. dissenting.

D. Pontbriand, for the appellant.

Claude Millette, for the respondent.

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

PIGEON J.—The report of the trial judge to the Court of Appeal reads as follows:

[TRANSLATION] The accused was charged, at Montreal, district of Montreal as follows:

On September 27, 1972, Serge BARRETTE unlawfully assaulted Officer Gilles Lafond, No. 5694, a peace officer engaged in the execution of his duty, thereby committing an indictable offence specified in section 246(2)(a) of the *Criminal Code*.

I was in court at 10:15, and the accused was present but his lawyer was not. He then told me that his counsel was Mr. Shoofey. I sent a peace officer to ask Mr. Shoofey when he would be ready to proceed. He replied that he wanted the case postponed. I refused to do so because too many cases are postponed when lawyers, without informing anyone, either the judge or the Crown attorney, absent themselves for whatever reason. This is a case which dated back to September 27, 1972, and the accused had been committed to trial on November 3, 1972.

Although the accused ordinarily has the right to have counsel present, he may not delay cases of his own accord. At the present time we have a delay of six months and I directed the accused Barrette to proceed nevertheless. The case itself was simple. It was a question of an assault by Barrette on a peace officer engaged in the execution of his duty. In my opinion, there was ample evidence to prove Barrette's guilt, and I therefore found him guilty as charged. . . .

R.C.S. 273, (1974), 43 D.L.R. (3d) 413; *General Foods c. Struthers*, [1974] R.C.S. 98; *Hamel c. Brunelle*, [1977] 1 R.C.S. 147; *Donald Winston Sowden* (1964), 49 Cr. App. Rep. 32; *Lacey and Wright* (1966), 50 Cr. App. Rep. 205; *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a refusé la demande de l'appelant pour un nouveau procès. Pourvoi accueilli, et nouveau procès ordonné, les juges Martland, Ritchie et de Grandpré étant dissidents.

D. Pontbriand, pour l'appelant.

Claude Millette, pour l'intimée.

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

LE JUGE PIGEON—Le rapport fait à la Cour d'appel par le juge du procès se lit comme suit:

Le prévenu a été accusé, à Montréal, district de Montréal, de:

Le 27 septembre 1972, Serge BARRETTE a illégalement commis des voies de fait sur la personne de l'agent Gilles Lafond, Mat. 5694, agent de la paix agissant dans l'exécution de ses fonctions, commettant par là un acte criminel prévu à l'article 246(2)a) du code criminel.

J'étais sur le banc à 10:15, l'accusé était présent mais non son avocat. Il m'a alors déclaré que son avocat était M^c Shoofey. J'ai envoyé un officier de la paix demander à M^c Shoofey quand il serait prêt à procéder. Il a répondu qu'il voulait remettre la cause. J'ai refusé de ce faire car il y a trop de causes qui sont remises parce que les avocats, sans notifier qui que ce soit, ni le juge, ni l'avocat de la Couronne, sont absents pour quelque raison que ce soit. C'est une cause qui datait du 27 septembre 1972 et l'accusé avait été envoyé à son procès le 3 novembre 1972.

Bien que l'accusé, en temps ordinaire, ait le droit d'avoir son avocat il ne faut pas retarder les causes de son propre gré. Actuellement nous sommes en retard de six mois et j'ai obligé l'accusé Barrette à procéder quand même. La cause en elle-même était simple. Il s'agissait de voies de fait de la part de Barrette contre un agent de la paix dans l'exécution de ses fonctions. La preuve, à mon point de vue, a été faite amplement et a prouvé la culpabilité de Barrette. Je l'ai donc trouvé coupable de l'accusation telle que libellée. . . .

The appeal is based on the dissenting opinion of Casey J. who, after quoting the second paragraph of the report and the following two sentences, said:

While the unexplained conduct of Appellant's lawyer is to be deplored and while appropriate sanctions should be imposed or at least considered by the proper authorities, I see no justification for punishing Appellant for the sins of his lawyer or because the trial courts are running behind. These are matters over which Appellant had no control and they must not be allowed to deprive him of the full and fair trial to which he is entitled. By obliging him to go on without the benefit of counsel and by permitting, perhaps forcing, him to be examined at (p. 39) the trial judge did just that.

I agree with this view. Concerning the behaviour of the lawyer whose services the accused said he had retained, and who was not present when the case was called, it is certain that *prima facie* it constituted contempt of court (*McKeown v. Regina*¹). It would nevertheless have been necessary to give him the opportunity to be heard before punishing him. However, even if he was really guilty of serious misconduct, there was nothing which authorized the trial judge to presume the connivance or complicity of the accused, as he seems to have done when, on the accused saying "I am taken by surprise", he commented: "You knew from November 3 that the case would be heard today: that is being taken by surprise? Liar".

There is nothing in the record which could legally support the presumption that counsel's absence was a premeditated scheme in complicity with the accused. It was the first time the case was being called and there was nothing to justify such inference rather than mere suspicion. The accused has the right "to make full . . . defence personally or by counsel" (s. 577(3) *Cr. C.*). An adjournment necessary for the exercise of this right may be refused only for a reason based on established facts.

Here the reason given by the trial judge is legally unavailable against the accused. He cannot be held responsible for the fact that "too many

¹ [1971] S.C.R. 446.

Le pourvoi est fondé sur la dissidence du juge Casey qui, après avoir cité le deuxième alinéa du rapport et les deux phrases qui suivent, a dit:

[TRADUCTION] La conduite inexplicable de l'avocat de l'appellant est à déplorer et ceux à qui il appartient de le faire devraient imposer la sanction voulue ou du moins examiner la possibilité de le faire, mais je ne vois pas de raison de punir l'appellant pour la faute de son avocat ou parce que les affaires sont en retard devant les tribunaux de première instance. L'appellant n'y peut rien et cela ne saurait le priver de son droit à un procès équitable. C'est précisément ce que le juge de première instance s'est trouvé à faire en obligeant l'appellant à subir son procès sans l'aide d'un avocat et en lui permettant, pour ne pas dire le contraignant, de témoigner (à la p. 39).

Cette opinion me paraît bien fondée. Pour ce qui est de la conduite de l'avocat dont l'accusé déclare avoir retenu les services et qui n'était pas présent lorsque la cause a été appelée, il est certain que *prima facie* elle constituait un outrage au tribunal (*McKeown c. La Reine*¹). Il aurait néanmoins fallu lui donner l'occasion de se justifier avant de lui imposer une sanction. Mais, même s'il était réellement coupable de faute grave, il n'y avait rien qui permettait au juge du procès de présumer la connivence ou la complicité de l'accusé comme il semble l'avoir fait lorsqu'à l'accusé qui lui disait: «J'ai été pris au dépourvu», il a répondu: «vous saviez le 3 novembre que la cause passait aujourd'hui. C'est au dépourvu? menteur».

On ne voit rien dans le dossier qui pouvait juridiquement permettre de présumer que l'absence de l'avocat était une manœuvre préméditée à la connaissance de l'accusé. C'était la première fois que la cause était appelée, il n'y avait aucune circonstance susceptible de justifier une déduction et non pas de simples soupçons. C'est un droit pour l'accusé que «de présenter personnellement ou par avocat une pleine . . . défense» (art. 577 (3) *C. cr.*). Pour lui refuser un ajournement nécessaire à l'exercice de ce droit, il faut un motif fondé sur des faits précis.

Ici, le motif énoncé par le juge du procès est juridiquement inadmissible contre l'accusé. On ne saurait lui imputer la responsabilité de ce qu'«il y a

¹ [1971] R.C.S. 446.

cases are postponed when lawyers . . . absent themselves". When the learned judge adds that the accused "may not delay cases of his own accord", he is without any evidence laying the blame for the fault of counsel on the accused. The situation is quite different from that dealt with by this Court in *Spataro v. Regina*², where after the jury was sworn in, the accused without any valid reason claimed the right to dismiss his counsel, and thus obtain an adjournment.

It is true that a decision on an application for adjournment is in the judge's discretion. It is, however, a judicial discretion so that his decision may be reviewed on appeal if it is based on reasons which are not well founded in law. This right of review is especially wide when the consequence of the exercise of discretion is that someone is deprived of his rights, whether in criminal or in civil proceedings. At a glance, I have found in the last few years no less than half a dozen judgments in civil proceedings where a decision depriving a litigant of an important right was reversed on account of insufficient reasons given. (*Frank v. Alpert*³; *Basarsky v. Quinlan*⁴; *Ladouceur v. Howarth*⁵; *Whitco Chemical Co. v. Oakville*⁶; *General Foods v. Struthers*⁷; *Hamel v. Brunelle*⁸). This being so in civil proceedings, there is all the more reason to so regard a discretionary decision in criminal proceedings, the effect whereof is to deprive the accused of his right to obtain the assistance of counsel and to summon witnesses in his defence. This principle is fully recognized in the English case law which was cited to us. Thus, in *Mary Kingston*⁹, where the case proceeded in the absence of counsel retained by the accused, and the judge had refused the suggestion of Crown prosecutor that other counsel be invited to provide services immediately, the Court of Appeal quashed the conviction and said (at p. 188):

trop de cause qui sont remises parce que les avocats . . . sont absents». Quand le savant juge ajoute que l'accusé «ne peut pas retarder les causes de son propre gré», il lui impute sans preuve la responsabilité de la faute de son avocat. La situation est tout à fait différente de celle qui a fait l'objet de notre arrêt *Spataro c. la Reine*² où, après l'assermentation du jury, l'accusé prétendait sans raison valable révoquer son avocat et ainsi obtenir un ajournement.

Il est vrai que la décision sur une demande d'ajournement relève de la discrétion du juge. Mais c'est une discrétion qu'il a le devoir d'exercer judicieusement de sorte que sa décision peut être révisée en appel si elle repose sur des motifs erronés en droit. Ce pouvoir de révision est particulièrement rigoureux lorsque l'exercice de la discrétion a eu pour conséquence la privation d'un droit, que ce soit en matière civile ou en matière criminelle. Une rapide revue m'a permis de relever au cours de ces dernières années, pas moins d'une demi-douzaine d'arrêts en matière civile où l'on a révisé pour insuffisance de motifs une décision privant une partie d'un droit important. (*Frank c. Alpert*³; *Basarsky c. Quinlan*⁴; *Ladouceur c. Howarth*⁵; *Whitco Chemical Co. c. Oakville*⁶; *General Foods c. Struthers*⁷; *Hamel c. Brunelle*⁸.) S'il en est ainsi en matière civile, à plus forte raison doit-il être de même à l'égard d'une décision discrétionnaire en matière pénale dont l'effet est de priver un inculpé du droit à l'assistance d'un avocat et à l'assignation de témoins à décharge. Le principe est d'ailleurs bien reconnu dans la jurisprudence anglaise qu'on nous a citée. Ainsi, dans l'affaire de *Mary Kingston*⁹ où la cause avait procédé en l'absence de l'avocat retenu par l'accusée et le juge avait refusé la suggestion du substitut d'inviter un autre avocat à fournir ses services immédiatement, la Cour d'appel a cassé la condamnation en disant (à la p. 188):

² [1974] S.C.R. 253.

³ [1971] S.C.R. 637.

⁴ [1972] S.C.R. 380.

⁵ [1974] S.C.R. 1111.

⁶ [1975] 1 S.C.R. 273, (1974), 43 D.L.R. (3d) 413.

⁷ [1974] S.C.R. 98.

⁸ [1977] 1 S.C.R. 147.

⁹ (1948), 32 Cr. App. Rep. 183.

² [1974] R.C.S. 253.

³ [1971] R.C.S. 637.

⁴ [1972] R.C.S. 380.

⁵ [1974] R.C.S. 1111.

⁶ [1975] 1 R.C.S. 273, (1974), 43 D.L.R. (3d) 413.

⁷ [1974] R.C.S. 98.

⁸ [1977] 1 R.C.S. 147.

⁹ (1948), 32 Cr. App. Rep. 183.

it seems to us that that was tantamount to depriving the appellant of the right which she had of being defended by counsel.

As to the English judgments where the Court refused to quash the conviction of accused persons deprived of the services of counsel, it must not be overlooked that until quite recently in England the quashing of a verdict by the Court of Appeal meant the definitive acquittal of the accused, as was noted with regret in *Mary Kingston*. It is understandable that in such circumstances there was a tendency to apply as often as possible the provision which allows a conviction to be upheld, despite an error of law, if it is found that there has been no miscarriage of justice. This concern is apparent in *Donald Winston Sowden*¹⁰. The Court of first instance had refused to issue a second legal aid certificate after the first counsel appointed was authorized to withdraw. A conviction for fraud was quashed but a conviction for breach of the *Road Traffic Act* was upheld, on the grounds that this was a very simple case where the absence of counsel could not have caused any prejudice. As to the case of *Lacey and Wright*¹¹, of which the brief summary published in [1966] Crim. L.R. 387 was cited to this Court, it is necessary to read the complete text of the judgment rendered by Parker C.J. It will be seen that the Court did not, in the circumstances, find it necessary to consider whether it was certain that the accused had suffered no prejudice from the denial of legal aid, because it came to the conclusion that this discretionary denial was not reviewable.

In the case at bar, I cannot hold that the accused suffered no prejudice by being forced to defend himself without enjoying the assistance of counsel, and without being able to summon as a witness a person having knowledge of the incident which led up to the conviction. When the case against the accused is such that he cannot defend himself without testifying, he certainly is in great need of the assistance of counsel. When he denies in his testimony a significant part of what the witnesses for the prosecution relate against him, in

¹⁰ (1964), 49 Cr. App. Rep. 32.

¹¹ (1966), 50 Cr. App. Rep. 205.

[TRADUCTION] il nous semble que cela revenait à priver l'appelant de son droit d'être défendu par un avocat.

Quant aux arrêts anglais où l'on a refusé d'annuler la condamnation de certains accusés privés des services d'un avocat, il ne faut pas oublier que jusqu'à tout récemment, en Angleterre, l'annulation du verdict par la Cour d'appel signifiait l'acquiescement définitif de l'accusé comme on le souligne à regret dans l'affaire de *Mary Kingston*. On comprend que, dans ces conditions, l'on ait eu tendance à appliquer le plus souvent possible la disposition qui permet de maintenir la condamnation malgré une erreur de droit si l'on juge qu'il n'y a pas eu «miscarriage of justice». Cette préoccupation se révèle dans l'affaire *Donald Winston Sowden*¹⁰. La Cour de première instance avait refusé d'accorder un second certificat d'assistance judiciaire après que le premier avocat désigné eut été autorisé à se retirer. On a cassé une condamnation pour fraude mais maintenu une condamnation pour violation du code de la route en disant qu'il s'agissait là d'une affaire très simple où l'absence d'avocat n'avait pu causer de préjudice. Pour ce qui est de l'affaire *Lacey and Wright*¹¹ dont on nous a cité le bref résumé publié à [1966] Crim. L.R. 387, il faut lire le texte complet du jugement prononcé par le juge en chef Parker. On y voit que la Cour n'a pas, en l'occurrence, jugé nécessaire de rechercher s'il était certain que l'inculpé n'avait subi aucun préjudice du refus de l'assistance judiciaire car elle en est venue à la conclusion qu'il n'y avait aucun motif de reviser ce refus discrétionnaire.

Dans le cas présent, je ne puis en venir à la conclusion que l'accusé n'a subi aucun tort important en étant forcé de se défendre sans l'aide d'un avocat et sans pouvoir citer à comparaître comme témoin une personne qui a eu connaissance de l'altercation qui a donné lieu à la condamnation. Lorsque la cause faite contre l'inculpé est telle qu'il ne peut pas se défendre sans témoigner, il a sûrement grand besoin du secours d'un avocat. Lorsque dans son témoignage il nie une partie importante de ce dont les témoins de la poursuite

¹⁰ (1964), 49 Cr. App. Rep. 32.

¹¹ (1966), 50 Cr. App. Rep. 205.

this case a blow delivered to an officer, it appears to me impossible to find that the absence of a possible witness was definitely not prejudicial.

It is true that counsel for the prosecution treated the accused with consideration. He did not cross-examine him and did not put in evidence his record of previous convictions. Even if he thus did what was within his power to attenuate the consequences of the situation created by the erroneous decision of the trial judge, I cannot find that the accused, who was sentenced to a year in prison, had a fair trial. The following words of Addy J. in *R. v. Lane and Ross*¹² were cited to the Court (at p. 278):

There would also be a miscarriage of justice when a person who is evidently guilty is found not guilty, for, in the administration of justice, there is a duty not only to the accused but to society for the protection of which laws have been enacted.

Without embarking on a discussion of this statement, I cannot be satisfied that appellant here is manifestly guilty, when the evidence for the defence is incomplete and imperfect as a result of the absence of counsel and of a witness. It appears to me that in the case at bar, the principle to be followed is as stated by the Court of Appeal of Quebec in *Talbot v. Regina*¹³:

though our courts have not yet gone as far as to hold that the fact that the accused was not represented by an attorney, for reasons other than his own choice, means *per se* that he has not had the opportunity to make a full answer and defence, it appears that, if the offence was serious enough to warrant a sentence of six months imprisonment, it was serious enough to warrant that the appellant be allowed to be defended by a lawyer if he so wished.

For these reasons, I would reverse the decision of the Court of Appeal, quash the conviction against appellant and order a new trial.

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

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting*)—Appellant was convicted by a judge sitting alone of having com-

¹² (1969), 6 C.R.N.S. 273.

¹³ [1965] Que. Q.B. 159.

déposent contre lui, ici le coup porté à un agent, il me paraît impossible d'affirmer que l'absence d'un témoin possible est certainement sans conséquence.

Il est vrai que l'avocat de la poursuite a traité l'inculpé avec ménagement. Il ne l'a pas contre-interrogé et n'a pas fait la preuve de son casier judiciaire. Même s'il a ainsi fait ce qui dépendait de lui pour atténuer les conséquences de la situation créée par la décision erronée du juge du procès, je ne puis conclure que cet inculpé condamné à un an de prison, a eu un procès équitable. On nous a cité ces paroles du juge Addy dans *R. v. Lane and Ross*¹², (à la p. 278):

[TRADUCTION] Il y a aussi déni de justice si une personne manifestement coupable est déclarée non coupable, car, dans l'administration de la justice, il existe des devoirs non seulement envers l'accusé mais envers la société pour la protection de laquelle la loi est promulguée.

Sans discuter cette affirmation, je ne puis me satisfaire que l'appelant soit ici une personne manifestement coupable lorsque la preuve de la défense est incomplète et imparfaite par suite de l'absence d'avocat et de témoin. Il me semble que dans la présente affaire, il y a lieu de suivre le principe énoncé comme suit par la Cour d'appel du Québec dans *Talbot c. La Reine*¹³:

[TRADUCTION] nos tribunaux ne sont pas allés jusqu'à statuer que si l'accusé n'était pas représenté par un avocat, pour une autre raison que sa propre décision, cela signifiait nécessairement qu'il n'avait pas eu la possibilité de présenter une défense complète, mais il semble toutefois que si l'infraction était assez grave pour justifier une condamnation à six mois de prison, elle était certainement assez sérieuse pour que l'appelant soit autorisé à faire appel à un avocat pour sa défense, s'il le souhaitait.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel, d'annuler la condamnation prononcée contre l'appelant et d'ordonner un nouveau procès.

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

LE JUGE DE GRANDPRÉ (*dissident*)—Trouvé coupable par un juge seul d'avoir commis des voies

¹² (1969), 6 C.R.N.S. 273.

¹³ [1965] B.R. 159.

mitted an assault on the person of a peace officer, and applied to the Court of Appeal for a new trial, because he was denied an adjournment by the trial judge when his lawyer was occupied elsewhere. This appeal was dismissed, the two judges of the majority holding that "Barrette, even though not represented by counsel, was given the opportunity to make a full defence and he received a fair trial". The dissenting judge, however, was of the opinion that Barrette had not received "the full and fair trial to which he is entitled".

The basic facts are related in the report prepared by the trial judge, cited at length by Pigeon J. in his reasons. From this report and the other facts disclosed by the record, I wish to stress in particular:

- (1) the date of the trial was fixed some five months in advance and until 10:15 on the morning of the trial, no one had mentioned a postponement;
- (2) the defence had not summoned any witnesses;
- (3) on the morning of the trial, as the record shows, the articling student of the lawyer chosen by the accused was present but he did not make any representation, although the By-laws of the Bar Association permitted him not only to present reasons in support of the application for a postponement but also, if need be, to conduct the defence;
- (4) while the judge showed some impatience with the conduct of the accused's lawyer, in other respects he directed the trial perfectly; thus he refused to allow the Crown to file photographs which were not provided by a qualified witness;
- (5) the accused was able to cross-examine Crown witnesses;
- (6) the accused testified and was not cross-examined;
- (7) the only witness who apparently could have been heard in order to complete knowledge of the facts was the companion of the accused; at best, he could only have corroborated the latter;

de fait sur la personne d'un agent de la paix, l'appelant a demandé à la Cour d'appel de lui accorder un nouveau procès parce qu'un ajournement lui avait été refusé par le premier juge, son avocat étant occupé ailleurs. Cet appel fut rejeté, les deux juges de la majorité étant d'avis que [TRADUCTION] «Barrette, même s'il n'était pas représenté par un avocat, a eu l'occasion de présenter une pleine défense et a eu une audition équitable». De son côté, le juge dissident fut d'avis que Barrette n'avait pas reçu [TRADUCTION] «l'audition équitable à laquelle il avait droit».

Les faits de base sont réécités dans le rapport préparé par le juge du procès, cité au long par M. le juge Pigeon dans ses motifs. De ce rapport et des autres faits révélés par le dossier, je veux particulièrement souligner:

- 1) depuis cinq mois la date du procès était connue et avant 10 heures 15 le matin du procès, personne n'avait parlé de remise;
- 2) la défense n'avait assigné aucun témoin;
- 3) le matin du procès, le stagiaire de l'avocat choisi par l'accusé était présent, comme l'indique le procès-verbal, mais il n'a fait aucune représentation bien que les règlements du Barreau lui permettaient non seulement de présenter les raisons au soutien de la demande de remise mais aussi le cas échéant, de conduire la défense;
- 4) si le juge a manifesté quelque impatience devant la conduite de l'avocat de l'accusé, il a par ailleurs dirigé les débats de façon parfaite; c'est ainsi qu'il a refusé à la Couronne la production de photographies qui n'étaient pas offertes par un témoin compétent;
- 5) l'accusé a pu contre-interroger les témoins de la Couronne;
- 6) l'accusé a témoigné et il n'a pas été contre-interrogé;
- 7) le seul témoin qui aurait pu apparemment être entendu pour compléter la connaissance des faits aurait été le compagnon de l'accusé; au mieux, il n'aurait pu que corroborer celui-ci;

(8) Barrette's record of previous convictions was not placed before the judge before the guilty verdict.

The question in this appeal, which of course can only raise a question of law, is as to whether a miscarriage of justice was perpetrated by the trial judge in the exercise of his discretion, when he refused to grant the application for postponement which Barrette made in the absence of his lawyer. That is the criterion of s. 613 of the *Criminal Code* which this Court upheld in two decisions which resemble the case at bar because they deal with the fundamental rights of the accused: *Vescio v. The King*¹⁴, and *Spataro v. The Queen*¹⁵, to which both parties have referred us.

The decision of the trial judge was weighed by the Court of Appeal and found to be in accordance with the relevant rules. In any matter where the judgment at first instance is upheld by the Court of Appeal, this Court must interfere only if it is clear that the judgment *a quo* is based on an error of principle. We must be particularly aware of this rule when the decision *a quo* has been pronounced in the exercise of a discretion which presupposes an intimate knowledge of the local situation. That such knowledge played a major role in the case at bar is evident from comparison of the decision *a quo* with *Talbot v. The Queen*¹⁶, in both cases the Chief Justice and Owen J. were on the bench; here, they held that there was no miscarriage of justice, whereas in *Talbot*, they reached the opposite conclusion because the facts as a whole showed that the accused had not been able to present a full and complete defence.

There are no decisions of this Court exactly in point. Reference must be made to the case law of the Court of Appeal of England for examples which can enlighten us and enable the Court to decide whether the courts of Quebec have committed a miscarriage of justice which would permit us to intervene.

¹⁴ [1949] S.C.R. 139.

¹⁵ [1974] S.C.R. 253.

¹⁶ [1965] Que. Q.B. 159.

8) le casier judiciaire de Barrette n'a pas été placé devant le juge avant la déclaration de culpabilité.

De quoi s'agit-il dans ce pourvoi qui évidemment ne peut soulever qu'une question de droit? De déterminer si une erreur judiciaire grave a été commise par le premier juge dans l'exercice de sa discrétion lorsqu'il a refusé d'accéder à la demande de remise que lui faisait Barrette en l'absence de son avocat. C'est là le critère du *Code criminel* à l'art. 613 et c'est celui que cette Cour a retenu dans deux arrêts qui se rapprochent de notre espèce parce qu'ils traitent des droits fondamentaux des accusés: *Vescio c. Le Roi*¹⁴ et *Spataro c. La Reine*¹⁵ auxquels les deux parties nous ont référés.

La décision du premier juge a été pesée par la Cour d'appel et trouvée conforme aux règles pertinentes. Dans toute matière où le jugement de première instance est confirmé par la Cour d'appel, notre Cour se doit de n'intervenir que s'il est manifeste que le jugement dont appel est entaché d'une erreur de principe. Cette règle doit être particulièrement présente à notre esprit lorsque la décision dont appel a été prononcée dans l'exercice d'une discrétion qui présuppose une connaissance intime de la situation locale. Que cette connaissance ait joué un rôle majeur en l'espèce ressort de la comparaison de l'arrêt dont appel avec l'arrêt *Talbot c. La Reine*¹⁶, dans les deux cas formaient partie du banc M. le Juge en chef et M. le juge Owen; ici, ils ont jugé qu'il n'y avait pas eu erreur judiciaire grave alors que dans l'affaire *Talbot*, ils ont atteint la conclusion contraire parce que l'ensemble des faits démontrait que l'accusé n'avait pas pu présenter une défense pleine et entière.

Il n'existe pas d'arrêt de notre Cour exactement au point. C'est dans la jurisprudence de la Cour d'appel d'Angleterre que nous trouvons des exemples qui peuvent nous éclairer et nous permettre de décider si les tribunaux du Québec ont commis cette erreur judiciaire grave nous permettant d'intervenir.

¹⁴ [1949] R.C.S. 139.

¹⁵ [1974] R.C.S. 253.

¹⁶ [1965] B.R. 159.

In *Mary Kingston*¹⁷, the accused's lawyer was not present in court on the morning of the trial because he was erroneously under the impression that the case would not be called before the afternoon. The Crown itself suggested that the case be adjourned and when this suggestion was rejected, added that another lawyer present could represent the accused. This suggestion in its turn having been ignored, the accused was not represented during the trial, and she chose not to cross-examine and not to offer her own testimony. From the reasons of Humphreys J., speaking for the Court, I take this extract (at p. 187):

We have had a report in this case from the learned Recorder of Manchester, and it is quite clear from that report that the primary cause of this unfortunate situation was the failure of the counsel who had been briefed to do his duty to his client and the Court in attending when the case was in the list for trial. If he was unable for any good reason to attend, his duty, as everybody knows, was to see that some other member of the Bar held his brief and was in a position to represent the accused person. It was owing to the fact that that member of the Bar agreed with counsel for the prosecution that neither would go to the Court till 2 p.m. that all this trouble arose. In those circumstances, we think it right to say that in our opinion the Assistant-Recorder was perfectly justified in continuing with the trial of a person although she was unrepresented. The jury had to be considered. It would have been quite wrong for the Assistant-Recorder at 10.30 a.m. to waste the jury's time and tell them there was nothing for them to do and that they must come back at 2 p.m. for the convenience of counsel. No application had been made to the Court to fix the case for 2 p.m. or postpone it in any way.

If the matter rested on the facts which I have stated so far, this Court would not have interfered, . . .

The only reason for the intervention of the Court of Appeal was the decision of the trial judge not to allow another lawyer to represent the accused.

Although *Howes*¹⁸, belongs to the area of legislation on legal aid in England, it is of relevance here. Two paragraphs of the headnote describe the problem:

¹⁷ (1948), 32 Cr. App. Rep. 183.

¹⁸ (1964), 48 Cr. App. Rep. 172.

Dans l'affaire *Mary Kingston*¹⁷, l'avocat de l'accusée n'était pas présent en cour le matin du procès parce qu'il était erronément sous l'impression que la cause ne serait pas appelée avant l'après-midi. La Couronne elle-même suggéra que la cause soit ajournée et quand cette suggestion fut rejetée, elle ajouta qu'un autre avocat présent pourrait agir pour l'accusée. Cette suggestion à son tour ayant été ignorée, l'accusée ne fut pas représentée au cours du procès et elle choisit de ne pas contre-interroger les témoins et de ne pas offrir son propre témoignage. Des notes de M. le juge Humphreys, parlant pour la Cour, je retiens cet extrait (à la p. 187):

[TRADUCTION] Le savant recorder nous a présenté un rapport dans cette affaire, dont il ressort très clairement que cette situation regrettable est due en premier lieu au fait que l'avocat à qui la cause avait été confiée ne s'est pas acquitté de son devoir envers sa cliente et envers le tribunal, n'étant pas présent au moment où l'on a appelé la cause. S'il avait un motif valable qui l'empêchait d'être présent, il lui incombait, comme tout le monde sait, de s'assurer qu'un autre avocat soit là à sa place et soit en mesure de représenter l'accusée. La difficulté a pris naissance lorsque l'avocat de l'accusée et celui de la poursuite ont convenu de ne se rendre à la Cour ni l'un ni l'autre avant 14 h. Dans ces circonstances, il nous semble que le recorder adjoint était tout à fait justifié de poursuivre le procès même si l'accusée n'était pas représentée. Il faut tenir compte du jury dans tout cela. Le recorder adjoint aurait eu tort de faire perdre son temps au jury en lui disant à 10 h 30 qu'il n'y avait rien à faire et qu'il fallait revenir à 14 h parce que les avocats n'arriveraient pas avant. Aucune demande n'avait été présentée à la Cour pour faire passer la cause à 14 h ou pour la faire remettre.

Si la question se limitait aux faits que j'ai exposés jusqu'ici, cette Cour ne serait pas intervenue, . . .

La seule raison pour laquelle la Cour d'appel intervint fut la décision du premier juge de ne pas permettre à un autre avocat de comparaître pour l'accusée.

L'arrêt *Howes*¹⁸, bien qu'il se situe dans le cadre de la législation touchant l'assistance judiciaire en Angleterre, est pertinent. Deux paragraphes du résumé situent le problème:

¹⁷ [1948], 32 Cr. App. Rep. 183.

¹⁸ [1964], 48 Cr. App. Rep. 172.

The appellant, who was charged with a serious offence, applied to quarter sessions for legal aid, but was refused. At the trial he obtained a dock brief, but the counsel whom he had selected returned the brief without informing the court. At the opening of the trial the appellant, who was then unrepresented, owing to a misunderstanding, did not apply for a dock brief, but did so in the course of the trial. The Deputy-Chairman, who did not realise the actual position, refused the application, and the appellant conducted his own defence. The case against him was an extremely strong one.

Held that, as in the opinion of the court representation of the appellant by counsel could not have produced a different result, no miscarriage of justice had resulted despite the fact that the appellant was unrepresented, and the conviction must be affirmed.

Before the Court of Appeal, the accused submitted that the assistance of a lawyer would have had the result that:

- (a) the police officer could have been subjected to cross-examination;
- (b) the evidence would not have been presented in such a way as to suggest that he had a record of past convictions;
- (c) the tone of the cross-examination to which he himself was subjected might have been different.

Lord Parker C.J. stated as follows the question now before this Court (at p. 179):

The court has considered all those matters. The real question at the end of the day is whether the court is completely satisfied that, notwithstanding the unfortunate course this case took in regard to the appellant not being represented, there has been no miscarriage of justice. If there is the slightest doubt in the matter, then the court ought to quash the conviction.

And the Court held (at p. 180):

... that there is no reason to interfere at all, that really the case was overwhelming, and that no counsel could have produced any different result.

[TRADUCTION] L'appelant, qui était accusé d'une infraction grave, a demandé à la Cour de sessions trimestrielles à bénéficier de l'assistance judiciaire, ce à quoi il s'est toutefois vu opposer un refus. Il a choisi pour assurer sa défense un avocat présent à l'audience, mais celui-ci a refusé sans en informer le tribunal. Au début de l'audience, l'appelant, qui n'était pas alors représenté, en raison d'un malentendu, n'a pas demandé à se faire représenter par un avocat présent à l'audience, mais l'a fait plus tard au cours de l'audience. Le président adjoint, qui ne savait pas ce qui s'était effectivement produit, a rejeté la demande, et l'appelant a mené sa propre défense. La preuve présentée contre lui était extrêmement solide.

Arrêt: Comme, de l'avis de la Cour, le fait pour l'appelant d'être représenté par un avocat n'aurait pas eu pour effet de donner un résultat différent, il n'y a pas eu de déni de justice même si l'appelant n'était pas représenté, et la condamnation doit être confirmée.

Devant la Cour d'appel, l'accusé soumit que l'aide d'un avocat aurait eu pour effet

- a) que l'officier de police aurait pu être soumis à un contre-interrogatoire;
- b) que la preuve n'aurait pas été présentée de façon à laisser croire qu'il avait un casier judiciaire;
- c) que le contre-interrogatoire auquel il a été lui-même soumis aurait pu avoir une autre tonalité.

Le juge en chef lord Parker pose ainsi la question à laquelle nous devons nous-mêmes répondre ici (à la p. 179):

[TRADUCTION] La Cour a examiné toutes ces questions. Tout cela peut se résumer à la question suivante: la Cour est-elle tout à fait convaincue que, malgré la tournure regrettable prise par les événements du fait que l'appelant n'était pas représenté, il n'y a pas eu déni de justice? S'il y a le moindre doute sur cette question, la Cour doit infirmer la condamnation.

Et la Cour en vint à la conclusion (à la p. 180):

[TRADUCTION] ... qu'il n'y a absolument aucune raison d'intervenir, que la preuve était vraiment accablante et que la présence d'un avocat n'aurait rien changé au verdict.

The same year, in *Sowden*¹⁹, the Court of Appeal studied two convictions which had resulted in sentences of three years and six months respectively. It dismissed the first and upheld the second. On the first issue, the thinking of the Court is found in the following extract from the reasons of Lord Parker C.J., speaking for the Court (at p. 40):

That was the sort of issue, and one has only to state that to realise that no layman could adequately deal with questions of joint possession arising out of acting in concert and matters of that sort. The appellant really ought to have been legally represented if his case was to be put properly. Mr. Hazan has taken other points, that it might be that further evidence could have been called if he had been legally represented, and matters of that sort. It is sufficient to say that this court is not satisfied, that if he had been represented, the result must have been the same.

As to the second conviction, however, the Chief Justice, after having stressed that it was a simple matter, a "hopeless case", concluded (at p. 41):

It does not seem to this court that any legal representation could conceivably have made any difference . . .

Two years later, in *Lacey*²⁰, the Court of Appeal refused to interfere with a conviction which had resulted in a sentence of three years. I do not wish to encumber these reasons by referring to the facts. I need only once again cite Lord Parker C.J., who asks the question which the Court must answer (at p. 210):

This court finds it quite unnecessary to consider the position that would have emerged if these appellants had had legal aid. No doubt, the course of the trial would have been different from what it was, but it is by no means clear that the result would not have been exactly the same. The court finds it unnecessary to go into that matter, for the simple reason that the first step in the argument must be to satisfy the court that the Deputy Chairman wrongly exercised his discretion by refusing legal aid.

¹⁹ (1964), 49 Cr. App. Rep. 32.

²⁰ (1966), 50 Cr. App. Rep. 205.

La même année, dans l'arrêt *Sowden*¹⁹, la Cour d'appel se pencha sur deux déclarations de culpabilité qui avaient entraîné respectivement des condamnations de trois ans et de six mois. Elle écarta la première et confirma la seconde. Sur le premier point, la pensée du tribunal se retrouve dans l'extrait suivant tiré des notes du juge en chef lord Parker, parlant pour la Cour, (à la p. 40):

[TRADUCTION] C'est de ce genre de question qu'il s'agit et il suffit de le dire pour se rendre compte qu'aucun profane ne peut s'adresser convenablement à des questions de co-possession dans les cas où des personnes ont agi de concert et autres questions de ce genre. Il aurait vraiment fallu que l'appellant soit représenté par un avocat pour que ses prétentions soient exposées correctement. M. Hazan a signalé d'autres points, par exemple, que d'autres éléments de preuve auraient pu être portés à l'attention du tribunal s'il avait été représenté par un avocat, et d'autres questions du même genre. Qu'il suffise de dire que la Cour n'est pas convaincue que s'il avait été représenté, le résultat aurait nécessairement été le même.

Par ailleurs, quant à la deuxième déclaration de culpabilité, le Juge en chef, après avoir souligné qu'il s'agissait d'une matière simple, d'un «*hopeless case*», conclut (à la p. 41):

[TRADUCTION] La Cour n'est pas d'avis que le fait pour l'accusé d'être représenté par un avocat aurait en aucune façon pu conduire à un résultat différent . . .

Deux ans plus tard, dans l'arrêt *Lacey*²⁰, la Cour d'appel refusa d'intervenir dans une déclaration de culpabilité qui avait entraîné une sentence de trois ans. Je ne veux pas alourdir ces notes en référant aux faits. Il suffit de citer de nouveau le juge en chef lord Parker qui pose la question à laquelle la Cour doit répondre (à la p. 210):

[TRADUCTION] La Cour juge tout à fait inutile de se demander ce qui se serait produit si ces appelants avaient bénéficié de l'assistance judiciaire. Sans doute le déroulement du procès aurait été différent mais il n'est pas du tout certain que le résultat n'aurait pas été exactement le même. La Cour juge inutile de s'adresser à cette question, pour la simple raison qu'il faut en premier lieu dans cette argumentation établir à la satisfaction de la Cour que le président adjoint a mal exercé sa discrétion en refusant à l'accusé le bénéfice de l'assistance judiciaire.

¹⁹ (1964), 49 Cr. App. Rep. 32.

²⁰ (1966), 50 Cr. App. Rep. 205.

And the Court found that there was no reason to intervene in such a discretionary matter.

It is, therefore, with a great deal of hesitation that the Court of Appeal of England intervenes in cases such as that now before the Court. That Court is a first court of appeal, which has a much freer hand than we do. Furthermore, it must be emphasized that in each of these cases the trial took place a short time after criminal proceedings were instituted; in none of them did such a considerable length of time elapse as the period of five months in the case at bar.

The parties have also referred us to the decision of the Privy Council, *Galos Hired v. The King*²¹. I do not see how this decision applies. It suffices to point out that this was a matter of a sentence of death for murder, that the absence of the lawyer before the Court of Appeal was due to unforeseeable circumstances caused by the war, and that the accused had to present his own case even though he was not prepared to do so.

On the whole, I am of the opinion that the judgment *a quo* is not in error. The right to the presence of counsel is a right which has limits, and the administration of justice requires that society be protected as well. The accused has not convinced me that the presence of his lawyer would have changed the outcome, indeed to the contrary.

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, MARTLAND, RITCHIE and DE GRANDRÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Paquin & Pontbriand, Montreal.

Solicitor for the respondent: Gérard Deslandes, Montreal.

²¹ [1944] A.C. 149.

Et la Cour en vint à la conclusion qu'il n'y avait pas de raison d'intervenir dans une telle matière discrétionnaire.

C'est donc avec beaucoup d'hésitation que la Cour d'appel d'Angleterre intervient dans des cas se rapprochant du nôtre. Or il s'agit là d'un premier tribunal d'appel dont les coudées sont beaucoup plus franches que les nôtres. En plus, il faut souligner que dans chacun de ces arrêts, le procès avait eu lieu peu de temps après la mise en marche des procédures criminelles; dans aucun de ces cas ne s'était écoulé un délai aussi considérable que la période de cinq mois qui est ici la nôtre.

Les parties nous ont aussi référés à l'arrêt du Conseil Privé dans *Galos Hired c. The King*²¹. Je ne vois pas que cet arrêt s'applique. Il suffit de souligner qu'il s'agissait d'une condamnation à mort pour meurtre, que l'absence de l'avocat devant la Cour d'appel était due à un cas de force majeure causée par la guerre et que l'accusé dut présenter lui-même sa cause devant la Cour d'appel alors qu'il n'avait aucune préparation pour ce faire.

Sur le tout, je suis d'avis que le jugement dont appel n'est pas entaché d'erreur. Le droit à la présence de l'avocat est un droit qui comporte des limites et l'administration de la justice exige que la société soit elle aussi protégée. L'accusé ne m'a pas convaincu que la présence de son avocat aurait changé le résultat, bien au contraire.

Je renverrais le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges MARTLAND, RITCHIE et DE GRANDPRÉ étant dissidents.

Procureurs de l'appellant: Paquin & Pontbriand, Montréal.

Procureur de l'intimée: Gérard Deslandes, Montréal.

²¹ [1944] A.C. 149.

John A. MacDonald and Railquip Enterprises Ltd. *Appellants;*

and

Vapor Canada Limited *Respondent;*

and

Attorney General for Canada, Attorney General for Ontario and Attorney General for Quebec *Intervenors.*

1975: February 25, 26 and 27; 1976: January 30.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Federal Act dealing with dishonest trade practices and providing a civil remedy — Not within the powers of Parliament in relation to the criminal law, the regulation of trade and commerce or implementation of the obligations arising out of an international treaty — Legislation in relation to property and civil rights — Jurisdiction of the Federal Court — Trade Marks Act, R.S.C. c. T-10, ss. 7, 53 and 55 — British North America Act, ss. 91(2) (27), 92(13), (16) and 101.

Appellant MacDonald worked for several years for respondent Vapor Canada, which was in the heating equipment business. While in respondent's employ, MacDonald caused appellant Railquip Enterprises Ltd. to be incorporated and he has controlled Railquip at all relevant times. After ceasing to work for respondent, MacDonald submitted a tender in Railquip's name to supply heaters. Respondent contends that, in order to do so, MacDonald made use of knowledge which he had acquired as an employee of respondent, and that he also used confidential information in breach of his contract of employment, contrary to s. 7(e) of the *Trade Marks Act*.

In the Trial Division of the Federal Court, respondent based its argument on s. 7(e) of the *Trade Marks Act*, obtaining an interlocutory injunction which restrained appellants from using or communicating to third parties confidential information or documents which appellant MacDonald had acquired while he was in respondent's employment. Other conclusions of the injunction related to patent infringement and are not in issue before this Court. In its principal action respondent also sought

John A. MacDonald et Railquip Enterprises Ltd. *Appellants;*

et

Vapor Canada Limited *Intimée;*

et

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

1975: les 25, 26 et 27 février; 1976: le 30 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Loi fédérale traitant de pratiques malhonnêtes en matière commerciale et prévoyant un recours civil — Ne relève pas de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, de réglementation des échanges et du commerce ou d'exécution d'obligations découlant d'un traité international — Mesure législative sur la propriété et les droits civils — Compétence de la Cour fédérale — Loi sur les marques de commerce, S.R.C. c. T-10, art. 7, 53, 55 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(2), (27), 92(13), (16) et 101.

L'appellant MacDonald a été durant plusieurs années au service de l'intimée Vapor Canada qui faisait le commerce de matériel à chauffage. Alors qu'il était employé par l'intimée, MacDonald a constitué en corporation l'appelante, Railquip Enterprises Ltd., dont il a toujours été l'actionnaire majoritaire. Après avoir quitté son emploi chez l'intimée, MacDonald a présenté une soumission au nom de Railquip pour la fourniture d'installations de chauffage. Pour ce faire, MacDonald, selon l'intimée, s'est servi des connaissances qu'il avait acquises à titre d'employé de cette dernière et il a également utilisé des renseignements confidentiels en violation de son contrat d'engagement et contrairement à l'al. e) de l'art. 7 de la *Loi sur les marques de commerce*.

En Cour fédérale, Division de première instance, l'intimée se basant sur l'al. e) de l'art. 7 de la *Loi sur les marques de commerce* a obtenu une injonction interlocutoire interdisant aux appellants d'utiliser ou de communiquer aux tierces parties des renseignements confidentiels, ou des documents que l'appellant MacDonald avait acquis pendant qu'il était au service de l'intimée. D'autres conclusions de l'injonction portaient sur la contrefaçon des brevets et ne sont pas en litige devant

relief by way of damages, an accounting of profits and delivery up of the allegedly misappropriated materials. The injunction was upheld by the Federal Court of Appeal with certain variations, since the Court considered that s. 7(e) was *intra vires* the Parliament of Canada. Hence the appeal to this Court. Appellants and the Attorneys General of Quebec and Ontario content that s. 7(e) is *ultra vires* the Parliament because it constitutes legislation concerned with property and civil rights, and the Federal Court did not have jurisdiction in the case.

Held: The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ.: The Federal Court, being a Court established pursuant to s. 101 of the *British North America Act*, can only be endowed with such jurisdiction as flows from laws competently enacted by Parliament. It seems that s. 101 does not enable Parliament to set up a Court competent to deal with matters purely of civil right as between subject and subject. However, questions on the validity of ss. 7(e) 53 of the *Unfair Competition Act* would arise even if the provincial superior courts were charged with enforcement of these provisions.

Section 7(e) cannot be justified as legislation relating to the criminal law. Even though the federal criminal law power enables preventive legislation to be enacted, that does not in any way give encouragement to federal legislation which, in a situation unrelated to any criminal proceedings, would authorize independent civil proceedings for damages and an injunction. Although s. 115 of the *Criminal Code* provides a penalty for disobedience of a federal statute, it is really not possible to mount the civil remedy of s. 53 of the *Trade Marks Act* on the back of the *Criminal Code*. This section of the *Criminal Code* is merely a "default" provision and can certainly not be a base upon which to support the validity of a completely independent civil remedy to which the injured parties may have recourse.

Section 7(e), whether it is taken alone or as part of a limited scheme reflected by s. 7 as a whole, constitutes an overlaying or an extension of civil causes of action recognizable in the provincial courts and falling within provincial legislative competence. In the absence of any federal regulatory administration to oversee the prescriptions of s. 7, there is no basis in federal power to justify such legislation. It is not a sufficient peg on which to support the legislation that it applies every-

cette Cour. Dans son action principale l'intimée a aussi demandé des dommages-intérêts, une reddition de compte et la remise de tout le matériel prétendument détourné. L'injonction a été maintenue par la Division d'appel de la Cour fédérale avec certaines modifications, la cour étant d'avis que l'al. e) de l'art. 7 était *intra vires* du Parlement du Canada. D'où le pourvoi à cette Cour. Les appelants et les procureurs généraux du Québec et de l'Ontario soutiennent que l'al. e) de l'art. 7 est *ultra vires* du Parlement parce qu'elle constitue une disposition législative visant la propriété et les droits civils et que la Cour fédérale n'avait pas juridiction dans l'affaire.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Pigeon, Dickson et Beetz: La Cour fédérale, tribunal établi conformément à l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, n'a pas d'autre juridiction que celle qu'elle tire des lois adoptées par le Parlement du Canada dans les limites de sa compétence. Il semble que le Parlement n'a pas compétence en vertu de l'art. 101 pour établir un tribunal qui aurait juridiction sur des matières strictement relatives aux droits civils entre les particuliers. Cependant, les questions sur la validité de l'al. e) de l'art. 7 et l'art. 53 de la *Loi sur la concurrence déloyale* se poseraient même si les cours supérieures provinciales avaient juridiction pour l'application de ces dispositions.

L'alinéa e) de l'art. 7 ne peut pas se justifier comme mesure relative au droit criminel. Même si la compétence fédérale en droit criminel permet l'adoption de mesures préventives, cela ne favorise aucunement une législation fédérale qui, en l'absence de toute procédure criminelle, prévoit des procédures purement civiles. Quoique l'art. 115 du *Code criminel* prévoit une sanction pour désobéissance à une loi fédérale, on ne peut vraiment pas fonder sur le *Code criminel* le redressement civil prévu à l'art. 53 de la *Loi sur les marques de commerce*. Cet article du *Code criminel* n'est qu'une disposition supplétive et ne peut certes pas servir de fondement à un recours civil entièrement distinct dont les parties lésées peuvent se prévaloir.

L'alinéa e) de l'art. 7, pris isolément ou comme partie d'un système limité visé par l'art. 7 dans son entier, constitue un embrassement ou un élargissement des droits d'actions civiles relevant de la juridiction des tribunaux provinciaux et de la compétence législative provinciale. En l'absence d'un organisme administratif fédéral pour contrôler l'observation des interdictions décrétées à l'art. 7, il n'y a rien dans les pouvoirs fédéraux qui justifie une telle législation. Le fait que la Loi s'applique

where in Canada when there is nothing more to give it validity.

Section 7(e) cannot be based on federal jurisdiction with respect to patents and trade marks. The legislation has no generality. No administrative body is established and no criminal offence is created. The provision is not concerned with trade as a whole, nor does it establish a scheme of regulation. Therefore, the law cannot be justified under s. 91(2) of the *B.N.A. Act*.

In the absence of an express declaration in the *Trade Marks Act* that the Act as a whole, including s. 7 or s. 7 itself, was enacted in implementation of the obligations of the International Convention for the Protection of Industrial Property (the Union Convention of Paris), it cannot be argued that there had been a valid exercise in this case of the federal treaty or convention implementing power, assuming such a power exists in the present case.

Per Martland, Judson and de Grandpré JJ.: At first sight, respondent's argument that s. 7 (e) is a legislative measure enacted by Parliament pursuant to the power of Canada to sign treaties seems to have some merit. However, on close examination, it cannot be accepted for the simple reason that the Union Convention of Paris for the Protection of Industrial Property does not deal with unfair competition in the abstract but only in a context not found in the case at bar. One must read art. 10bis of the Convention which refers to unfair competition in the context of other articles, none of which deals with contractual relations between employers and employees.

[*R. v. Hume, Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Exporters Corp. Ltd.*, [1930] S.C.R. 531 applied; *The Kitchen Overall & Shirt Co. Ltd. v. Elmira Shirt and Overall Co. Ltd.*, [1937] Ex. C.R. 230; *Good Humor Corp. of America v. Good Humor Food Products Ltd.*, [1937] Ex. C.R. 61; *A.C. Spark Plug Co. v. Canadian Spark Plug Service*, [1935] Ex. C.R. 57; *Booth v. Sokulsky* (1953), 13 Fox Pat. Cas. 145; *Kellogg Company v. Helen Kellogg*, [1941] S.C.R. 242; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. R.*, [1956] S.C.R. 303; *International News Service v. Associated Press* (1918), 248 U.S. 215; *A.L.A. Scheckter Poultry Corp. v. U.S.* (1935), 295 U.S. 495; *Corbeil v. Dufresne* (1933), 40 R.L.N.S. 40; *Giguère Automobile Ltée v. Universal Auto Ltd.* (1941), 70 Que. Q.B. 166; *Eagle Shoe Co. Ltd. v. Slater Shoe Co. Ltd.* (1929), 46 Que. K.B. 121; *Canadian Converters Co. Ltd. v. Eastport Trading Co. Ltd.* (1968), 70 D.L.R. (2d) 149; *Breeze Corp. v. Hamilton Stamp Clampings*

partout au Canada ne saurait constituer un point d'appui lorsque rien d'autre ne justifie sa validité.

L'alinéa e) de l'art. 7 ne peut pas se fonder sur la compétence fédérale à l'égard des brevets et des marques de commerce. La législation n'a pas d'aspect général. Aucun organisme administratif n'est établi et aucune infraction pénale n'est créée. La disposition ne vise pas le commerce en général et n'établit pas un système de réglementation. La loi ne peut donc pas se justifier sous l'art. 91(2) de l'*A.A.N.B.*

En l'absence d'une disposition expresse que la *Loi sur les marques de commerce*, l'art. 7 inclus, ou l'art. 7 lui-même, a été édictée pour exécuter les obligations de la Convention Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle (La Convention d'Union de Paris), on ne peut pas prétendre en l'espèce qu'il y avait exercice de la compétence fédérale relative à la mise en œuvre d'un traité ou d'une convention, en supposant que cette compétence existe.

Les juges Martland, Judson et de Grandpré: A première vue, l'argument de l'intimée que l'al. e) de l'art. 7 est une mesure législative adoptée par le Parlement en vertu de la compétence du Canada de signer des traités semble avoir quelque mérite. On ne peut toutefois, en l'examinant de près, l'admettre pour la simple raison que la Convention d'Union de Paris pour la Protection de la Propriété Industrielle ne traite pas de la concurrence déloyale considérée isolément mais uniquement dans un contexte qu'on ne trouve pas ici. On doit en effet lire l'art. 10bis de la Convention qui mentionne la concurrence déloyale dans le contexte des autres articles dont aucun ne traite des relations contractuelles entre employeurs et employés.

Arrêt suivi: *R. c. Hume, Consolidated Distilleries Ltd. c. Consolidated Exporters Corp. Ltd.*, [1930] R.C.S. 531; arrêts mentionnés: *The Kitchen Overall & Shirt Co. Ltd. c. Elmira Shirt and Overall Co. Ltd.*, [1937] R.C. de l'É. 230; *Good Humor Corp. of America c. Good Humor Food Products Ltd.*, [1937] R.C. de l'É. 61; *A.C. Spark Plug Co. c. Canadian Spark Plug Service*, [1935] R.C. de l'É. 57; *Booth v. Sokulsky* (1953), 13 Fox Pat. Cas. 145; *Kellogg Company c. Helen Kellogg*, [1941] R.C.S. 242; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. R.*, [1956] R.C.S. 303; *International News Service v. Associated Press* (1918), 248 U.S. 215; *A.L.A. Scheckter Poultry Corp. v. U.S.* (1935), 295 U.S. 495; *Corbeil c. Dufresne* (1933), 40 R.L.N.S. 40; *Giguère Automobile Ltée c. Universal Auto Ltd.* (1941), 70 B.R. 166; *Eagle Shoe Co. Ltd. c. Slater Shoe Co. Ltd.* (1929), 46 B.R. 121; *Canadian Converters Co. Ltd. v. Eastport Trading Co. Ltd.* (1968), 70 D.L.R. (2d) 149; *Breeze Corp. v. Hamilton*

Ltd. (1961), 37 C.P.R. 153; *Building Products Ltd. v. B.P. Canada Ltd.* (1961), 21 Fox Pat. Cas. 130; *Greenglass v. Brown* (1962), 24 Fox Pat. Cas. 21; *The Noshery Ltd. v. The Penthouse Motor Inn Ltd.* (1969), 61 C.P.R. 207; *Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co. Ltd.* (1965), 54 D.L.R. (2d) 97; *Clairol International Corp. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd.*, [1968] 2 Ex. C.R. 552; *S. & S. Industries Ltd. v. Rowell*, [1966] S.C.R. 419; *Citizens Insurance Co. v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 405; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *Hodge v. R.* (1883), 9 App. Cas. 117; *In Re Board of Commerce Act*, [1922] 1 A.C. 191; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *R. v. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] S.C.R. 434; *Reference re Natural Products Marketing Act*, [1937] A.C. 377; *Murphy v. C.P.R.*, [1958] S.C.R. 626; *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708; *Reference re the Ontario Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Reference re the Natural Products Marketing Act*, [1936] S.C.R. 398; *Johnson v. The Attorney-General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127; *Reference re the Dominion Trade and Industry Commission Act, 1935*, [1936] S.C.R. 379; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Francis v. R.*, [1956] S.C.R. 618; *In re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54. *In re The Regulation and Control of Radio Communications in Canada*, [1932] A.C. 304; *References re The Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, The Minimum Wages Act and The Limitation of Hours of Work Act*, [1936] S.C.R. 461; *Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, [1925] S.C.R. 505, referred to.]

APPEAL from a decision of the Federal Court of Appeal¹ varying the interlocutory injunction granted by Walsh J. of the Federal Court.² Appeal allowed.

Malcolm E. McLeod and J. Nelson Landry, for the appellants.

G. F. Henderson, Q.C., and *E. Binavince*, for the respondent.

¹ [1972] F.C. 1156.

² (1972), 6 C.P.R. (2d) 204.

Stamp Clampings Ltd. (1961), 37 C.P.R. 153; *Building Products Ltd. v. B.P. Canada Ltd.* (1961), 21 Fox Pat. Cas. 130; *Greenglass v. Brown* (1962), 24 Fox Pat. Cas. 21; *The Noshery Ltd. v. The Penthouse Motor Inn Ltd.* (1969), 61 C.P.R. 207; *Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co. Ltd.* (1965), 54 D.L.R. (2d) 97; *Clairol International Corp. c. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd.*, [1968] 2 R.C. de l'É. 552; *S. & S. Industries Ltd. c. Rowell*, [1966] R.C.S. 419; *Citizens Insurance Co. v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 405; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *Hodge v. R.* (1883), 9 App. Cas. 117; *In Re Board of Commerce Act*, [1922] 1 A.C. 191; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *R. c. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] R.C.S. 434; *Reference re Natural Products Marketing Act*, [1937] A.C. 377; *Murphy c. C.P.R.*, [1958] R.C.S. 626; *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708; *Renvoi relatif au Ontario Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*, [1938] R.C.S. 100; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*, [1936] R.C.S. 398; *Johnson c. Le procureur général de l'Alberta*, [1954] R.C.S. 127; *Renvoi relatif à la Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie, 1935*, [1936] R.C.S. 379; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Francis c. R.*, [1956] R.C.S. 618; *In re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54. *In re The Regulation and Control of Radio Communications in Canada*, [1932] A.C. 304; *Renvoi relatif à la Loi sur le repos hebdomadaire dans les établissements industriels, la Loi sur les salaires minima et la Loi sur la limitation des heures de travail*, [1936] R.C.S. 461; *In Re La compétence législative quant aux heures de travail*, [1925] R.C.S. 505.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ modifiant l'injonction interlocutoire accordée par le juge Walsh de la Cour fédérale². Pourvoi accueilli.

Malcolm E. McLeod et J. Nelson Landry, pour les appelants.

G. F. Henderson, c.r., et *E. Binavince*, pour l'intimé.

¹ [1972] C.F. 1156.

² (1972), 6 C.P.R. (2d) 204.

G. W. Ainslie, Q.C., and *W. Lefebvre*, for the Attorney General of Canada.

J. D. Hilton, Q.C., for the Attorney General of Ontario.

Jean LeFrançois, for the Attorney General of Quebec.

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

THE CHIEF JUSTICE—This appeal, brought here by leave given by the Federal Court of Appeal pursuant to s. 31(2) of the *Federal Court Act*, 1970 (Can.), c. 1, concerns three paragraphs of an interlocutory injunction order which, as varied by the Federal Court of Appeal upon an appeal thereto from the order as originally made by Walsh J. of the Federal Court, reads as follows:

Defendants John A. MacDonald and Railquip Enterprises Ltd. and each of them, their servants and agents and anyone on their behalf are restrained from

(1) Using in the business of Railquip Enterprises Ltd., or in any other business in which either of them may be in any way associated or concerned, either by communication to third persons or otherwise, any confidential information or knowledge acquired by reason of the employment with plaintiff of defendant MacDonald, or making any tenders for the manufacture or sale of products in respect of which such confidential information acquired by MacDonald is used or useful;

(2) Using in the business of Railquip Enterprises Ltd., or in any other business in which either of them may be in any way associated or concerned, any plans, specifications, reports, letters or other documents belonging to plaintiff acquired by reason of the employment with the plaintiff of defendant MacDonald or conniving with any employee of plaintiff to obtain any such plans, specifications, letters or other documents;

(3) Defendants John A. MacDonald and Railquip Enterprises Ltd. are required to deliver up forthwith to the plaintiff all plans, specifications, reports, letters and other documents belonging to the plaintiff that are in his or its possession as a result of having been acquired for use in the business of Railquip Enterprises Ltd. by reason of the employment with the plaintiff of the defendant MacDonald and all copies

G. W. Ainslie, c.r., et *W. Lefebvre*, pour le procureur général du Canada.

J. D. Hilton, c.r., pour le procureur général de l'Ontario.

Jean LeFrançois, pour le procureur général du Québec.

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

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi, autorisé par la Cour d'appel fédérale en vertu du par. (2) de l'art. 31 de la *Loi sur la Cour fédérale*, 1970 (Can.), c. 1, vise trois paragraphes d'une ordonnance d'injonction interlocutoire émise originairement par le juge Walsh de la Cour fédérale, et modifiée par la Cour d'appel fédérale. L'injonction modifiée se lit comme suit:

Il est interdit aux défendeurs John A. MacDonald et Railquip Enterprises Ltd., et à chacun d'eux en particulier, à leurs employés et mandataires, ainsi qu'à toute personne agissant pour leur compte, de

(1) utiliser aux fins de l'entreprise de la Railquip Enterprises Ltd., ou de toute autre entreprise à laquelle l'un ou l'autre des défendeurs peut être d'une façon ou d'une autre associé ou intéressé, soit par communication à des tiers ou autrement, tout renseignement ou connaissance de nature confidentielle acquis par eux du fait que le défendeur MacDonald était au service de la demanderesse, ou présenter toute soumission pour la fabrication ou la vente de produits à l'égard desquels ces renseignements confidentiels acquis par MacDonald sont utilisés ou utiles;

(2) utiliser aux fins de l'entreprise de la Railquip Enterprises Ltd., ou de toute autre entreprise à laquelle l'un ou l'autre des défendeurs peut être d'une façon ou d'une autre associé ou intéressé, tous plans, mémoires descriptifs, exposés, lettres ou autres documents appartenant à la demanderesse acquis par eux du fait que leur défendeur MacDonald était au service de la demanderesse ou s'assurer la complicité de tout employé de la demanderesse pour obtenir ces plans, mémoires descriptifs, lettres ou autres documents;

(3) il est par les présentes ordonné aux défendeurs John A. MacDonald et la Railquip Enterprises Ltd. de remettre immédiatement à la demanderesse tous plans, mémoires descriptifs, exposés, lettres ou autres documents lui appartenant, y compris toutes copies ou reproductions de ces documents, qui sont en leur possession et qui ont été acquis pour être utilisés aux fins de l'entreprise de la Railquip Enterprises Ltd. du

or reproductions of any such documents that are in his or its possession.

Two other paragraphs of the injunction, each relating to patent infringement have not been challenged and are not in issue before this Court.

The action out of which the interlocutory injunction arose was brought in the Federal Court by the respondent complaining of patent infringement by a former employee, the personal appellant herein, and by the appellant Railquip, a company incorporated by and controlled by the personal appellant, and complaining also of unlawful disclosure, in breach of contract, of trade secrets and unlawful business use of such trade secrets (including certain plans, specifications and letters) to the damage of the respondent and contrary to honest industrial and commercial usage in Canada. Relief by way of damages, an accounting of profits and an injunction, and delivery up of the allegedly misappropriated materials, was sought in the action.

Unlike the proceedings before Walsh J., the main issue before the Federal Court of Appeal and before this Court is a constitutional one, involving the jurisdiction of the Federal Court, as a Court established pursuant to s. 101 of the *British North America Act*, to entertain the plaintiff's claims for civil redress by way of damages and injunction and ancillary relief; and this issue in turn involves the question whether the statutory basis for such relief, under ss. 7(e), 53 and 55 (as amended by s. 64(2) of the *Federal Court Act*, 1970 (Can.), c. 1) of the *Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, c. T-10 is one that the Parliament of Canada may prescribe.

It is trite law that the Federal Court, being a Court established pursuant to s. 101 aforesaid "for the better administration of the laws of Canada", can only be endowed with such jurisdiction as flows from laws competently enacted by Parliament. In *R. v. Hume, Consolidated Distilleries*

fait que le défendeur MacDonald était au service de la demanderesse.

Deux autres paragraphes de l'injonction, portant tous deux sur la contrefaçon de brevets, n'ont pas été contestés et ne sont pas en litige devant cette Cour:

L'action qui a abouti à la délivrance de l'injonction interlocutoire a été intentée en Cour fédérale par l'intimée, qui prétend qu'il y a eu contrefaçon de brevets par les appelants, un ex-employé, MacDonald, et Railquip, compagnie constituée par MacDonald qui en est actionnaire majoritaire. L'intimée allègue en outre qu'il y a eu révélation de secrets commerciaux en violation d'un contrat, et utilisation commerciale illégale de ces secrets (notamment de certains plans, mémoires descriptifs et lettres) au préjudice de l'intimée et contrairement aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada. L'intimée demande dans cette action des dommages-intérêts, une reddition de compte, une injonction et la remise de tout le matériel prétendument détourné.

Contrairement à ce qui s'est produit en Cour fédérale, Division de première instance, la principale question soumise à la Cour d'appel fédérale et à cette Cour est d'ordre constitutionnel. Est mise en question la juridiction de la Cour fédérale, à titre de tribunal établi en conformité de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, à l'égard des demandes de redressement civil sous forme de dommages-intérêts, d'injonction et de mesures auxiliaires, présentées par la demanderesse. Se trouve du fait même soulevée la question de savoir si le Parlement du Canada pouvait autoriser ce redressement aux termes des dispositions suivantes de la *Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, c. T-10: l'al. e) de l'art. 7, l'art. 53 et l'art. 55 (modifié par le par. (2) de l'art. 64 de la *Loi sur la Cour fédérale*, 1970 (Can.), c. 1).

C'est un lieu commun que la Cour fédérale, tribunal établi conformément à l'art. 101 susmentionné «pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada», n'a pas d'autre juridiction que celle qu'elle tire des lois adoptées par le Parlement du Canada dans les limites de sa compétence. Dans

*Ltd. v. Consolidated Exporters Corp. Ltd.*³, the point is well made by Anglin C.J.C. who said (at p. 535) that "while there can be no doubt that the powers of Parliament under s. 101 are of an overriding character when the matter dealt with is within the legislative jurisdiction of the Parliament of Canada, it seems equally clear that they do not enable it to set up a court competent to deal with matters purely of civil right as between subject and subject". Over and above this, the question of validity of ss. 7(e) and 53 would arise even if it were the provincial superior courts that were charged with enforcement of the substantive provisions of s. 7(e). Legislation sought to be enforced in provincial courts must, of course, be legislation which it was competent for the enacting legislature to pass.

I would note at this point that if the conclusion be that s. 7(e) is valid federal legislation, competently committed to the Federal Court for its enforcement, I would not interfere with the determination of the courts below that, on the facts, the interlocutory injunction order in issue here was a proper one in the light of the prescriptions of s. 7(e).

The constitutional issue raised in this case, one of high importance as to the scope of federal legislative power, especially as it arises under s. 91(2) of the *British North America Act*, has brought the Attorneys-General for Canada, for Ontario and for Quebec into this case as intervenors, pursuant to Rules of Court governing notice of constitutional issues and opportunity for intervention. The Attorney-General for Canada supports the judgment in appeal but the Attorneys-General for Ontario and Quebec support the appellants' contention that ss. 7(e) and 55 are *ultra vires* and that s. 53 must fall with them.

Proper perspective requires a reference to the whole of s. 7 and, indeed, to the scheme of the *Trade Marks Act* and to some legislative history. I

³ [1930] S.C.R. 531.

l'arrêt *R. c. Hume, Consolidated Distilleries Ltd. c. Consolidated Exporters Corp. Ltd.*³, le juge en chef Anglin précise bien (à la p. 535) que [TRA-DUCTION] «s'il n'y a pas de doute que les pouvoirs du Parlement en vertu de l'art. 101 ont prépondérance lorsqu'il s'agit d'une matière relevant de sa compétence législative, il semble tout aussi certain qu'ils ne l'habilitent pas à établir un tribunal qui aurait juridiction sur des matières strictement relatives aux droits civils entre des particuliers». Cela mis à part, la question de la validité de l'al. e) de l'art. 7 et de l'art. 53 se poserait même si c'étaient les cours supérieures provinciales qui avaient été chargées de l'application des dispositions de fond de l'al. e) de l'art. 7. Une loi dont on veut confier l'application aux cours provinciales doit naturellement au départ avoir été adoptée par la législature compétente.

Je signale que si j'arrivais à la conclusion que l'al. e) de l'art. 7 est une disposition statutaire fédérale valide, dont l'application a été valablement confiée à la Cour fédérale, je ne modifierais pas la décision des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle, dans les faits, l'ordonnance d'injonction interlocutoire visée en l'espèce a été rendue à bon droit, compte tenu des prescriptions de l'al. e) de l'art. 7.

La question constitutionnelle soulevée en l'espèce, très importante quant à la délimitation de la compétence législative fédérale, du fait notamment qu'elle met en jeu le par. (2) de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, a provoqué l'intervention des procureurs généraux du Canada, de l'Ontario et du Québec, conformément aux règles de la Cour sur l'avis à donner dans les pourvois touchant une question constitutionnelle et sur la possibilité d'intervention. Le procureur général du Canada soutient le jugement attaqué, mais les procureurs généraux de l'Ontario et du Québec appuient la prétention des appelants selon laquelle l'al. e) de l'art. 7 et l'art. 55 sont *ultra vires*, ce qui entraîne l'invalidité de l'art. 53.

Pour bien comprendre le problème, il faut considérer l'art. 7 ainsi que l'économie de la *Loi sur les marques de commerce* et certains traits de son

³ [1930] R.C.S. 531.

reproduce here ss. 7, 53 and 55 before proceeding to examine their context and the constitutional issue arising upon the whole of the case. They are as follows:

7. No person shall

(a) make a false or misleading statement tending to discredit the business, wares or services of a competitor;

(b) direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time he commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business and the wares, services or business of another;

(c) pass off other wares or services as and for those ordered or requested;

(d) make use, in association with wares or services, of any description that is false in a material respect and likely to mislead the public as to

(i) the character, quality, quantity or composition,

(ii) the geographical origin, or

(iii) the mode of the manufacture, production or performance

of such wares or services; or

(e) do any other act or adopt any other business practice contrary to honest industrial or commercial usage in Canada.

53. Where it is made to appear to a court of competent jurisdiction that any act has been done contrary to this Act, the court may make any such order as the circumstances require including provision for relief by way of injunction and the recovery of damages or profits, and may give directions with respect to the disposition of any offending wares, packages, labels and advertising material and of any dies used in connection therewith.

55. The Federal Court of Canada has jurisdiction to entertain any action or proceeding for the enforcement of any of the provisions of this Act or of any right or remedy conferred or defined thereby.

Section 7 of the *Trade Marks Act* is the first of five sections of the Act (ss. 7 to 11) that are subsumed under the sub-title "Unfair Competition and Prohibited Marks". It stands alone, however, among those sections in not being concerned with

historique. Avant de procéder à l'étude du contexte dans lequel se situent les art. 7, 53 et 55 et d'examiner la question constitutionnelle que soulève l'ensemble de l'affaire, je reproduis le texte des art. 7, 53 et 55:

7. Nul ne doit

a) faire une déclaration fausse ou trompeuse tendant à discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent;

b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre;

c) faire passer d'autres marchandises ou services pour ceux qui sont commandés ou demandés;

d) utiliser, en-liaison avec des marchandises ou services, une désignation qui est fautive sous un rapport essentiel et de nature à tromper le public en ce qui regarde

(i) les caractéristiques, la qualité, la quantité ou la composition,

(ii) l'origine géographique, ou

(iii) le mode de fabrication, de production ou d'exécution

de ces marchandises ou services; ni

e) faire un autre acte ou adopter une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada.

53. Lorsqu'il est démontré à une cour compétente, qu'un acte a été accompli contrairement à la présente loi, la cour peut rendre l'ordonnance que les circonstances exigent, y compris une stipulation portant un redressement par voie d'injonction et le recouvrement de dommages-intérêts ou de profits, et peut donner des instructions quant à la disposition des marchandises, colis, étiquettes et matériel publicitaire contrevenant à la présente loi et de toutes matrices employées à leur égard.

55. Toute action ou procédure en vue de l'application d'une disposition de la présente loi ou d'un droit ou recours conféré ou défini de la sorte est recevable par la Cour fédérale du Canada.

L'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce* est le premier de cinq articles de la Loi (art. 7 à 11) réunis sous le sous-titre «Concurrence déloyale et marques interdites». Il est le seul à ne pas traiter des marques de commerce ou des noms

trade marks or trade names. It alone gives any substance to the "Unfair Competition" portion of the sub-title. Section 7 had a forerunner in s. 11 of the *Unfair Competition Act*, 1932 (Can.), c. 38. That Act, like the present *Trade Marks Act*, which replaced it, was concerned with the regulation of the use of trade marks and with a scheme of registration and protection therefor; and although it contained a sub-title "Unfair Competition", covering ss. 3 to 11 thereof, the only provision that related to unfair competition was s. 11. This section was in these words:

11. No person shall, in the course of his business,
- (a) make any false statement tending to discredit the wares of a competitor;
 - (b) direct public attention to his wares in such a way that, at the time he commenced so to direct attention to them, it might be reasonably apprehended that his course of conduct was likely to create confusion in Canada between his wares and those of a competitor;
 - (c) adopt any other business practice contrary to honest industrial and commercial usage.

It is evident from a comparison of s. 7 of the present *Trade Marks Act* and s. 11 of the Act of 1932 that the former has expanded the acts proscribed by the latter and indeed has added in s. 7(c) and (d) provisions not found in s. 11. Section 7(e) differs from its predecessor equivalent s. 11(c) in three respects. It has added the words "do any other act" to what is proscribed, it has introduced the disjunctive in place of the conjunctive when referring to "honest industrial or commercial usage" and it has added the qualifying words "in Canada". There is, however, a more significant difference between the old s. 11 and the present s. 7. There was no provision in the 1932 Act for civil enforcement of the proscriptions of s. 11 at the suit of persons injured by their breach. There was, of course, provision there, as in the present *Trade Marks Act*, for enforcement of its *trade mark* provisions at the suit of an injured person. The provisions of s. 20 of the 1932 Act giving the then Exchequer Court of Canada "jurisdiction to entertain any action or proceeding for the enforcement of any of the rights conferred or defined by this

commerciaux. Lui seul justifie la première partie du sous-titre, «Concurrence déloyale». Il a eu un prédécesseur, l'art. 11 de la *Loi sur la concurrence déloyale*, 1932 (Can.), c. 38. Cette Loi, comme la présente *Loi sur les marques de commerce*, qui l'a remplacée, visait la réglementation de l'usage des marques de commerce et prévoyait un système et des mesures pour en assurer l'enregistrement et la protection. Les articles 3 à 11 étaient coiffés du sous-titre «Concurrence déloyale», mais seul l'art. 11 avait trait à la concurrence déloyale. Le texte en était le suivant:

11. Nulle personne ne doit, dans les cours de ses affaires,
- a) Faire un faux énoncé tendant à discréditer les produits d'un concurrent;
 - b) Attirer l'attention du public sur ses produits de telle manière qu'au moment où elle a ainsi commencé d'attirer cette attention il soit raisonnablement permis de craindre que sa manière d'agir ne créât une confusion possible au Canada entre ses produits et ceux d'un concurrent;
 - c) Adopter quelque autre pratique d'affaires contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale.

Si l'on compare l'art. 11 de la Loi de 1932 et l'art. 7 de la présente *Loi sur les marques de commerce*, on voit que dans ce dernier les interdictions sont plus nombreuses et il s'y trouve des dispositions qui ne figuraient pas à l'art. 11, soit les al. c) et d). Entre l'al. e) de l'art. 7 et l'al. c) de l'art. 11 qui lui correspond dans l'ancienne Loi, il y a trois différences. Au chapitre de ce qui est interdit ont été ajoutés les mots «faire un autre acte», la particule conjonctive dans l'expression «usages honnêtes en matière industrielle et commerciale» a été remplacée par la particule disjunctive dans l'expression correspondante «honnêtes usages industriels ou commerciaux» et l'on a précisé en ajoutant les mots «au Canada». Il existe toutefois une différence beaucoup plus importante entre l'ancien art. 11 et le présent art. 7. Dans la Loi de 1932, il n'était pas donné de recours civil aux personnes lésées par une contravention aux dispositions de l'art. 11. La Loi prévoyait bien sûr, comme le fait la présente *Loi sur les marques de commerce*, l'application des dispositions relatives aux *marques de commerce* à la demande de la

Act" were not urged in this Court in this case as providing a civil remedy in support of s. 11 equivalent to that expressly ordained by s. 53 of the present *Trade Marks Act* in support of s. 7 as well as in support of other substantive provisions of the Act. I note, however, that in *The Kitchen Overall & Shirt Co. Ltd. v. Elmira Shirt & Overall Co. Ltd.*⁴, Maclean P. looked upon s. 11 as giving "a statutory right of action for the same wrongs for which a remedy was given at common law in passing off cases".

Section 11 has had but a modest exposure to judicial scrutiny. In only one of the few cases in which it was considered did its constitutionality come into question, and that was in *Good Humor Corp. of America v. Good Humor Food Products Ltd.*⁵, a case involving alleged trade mark infringement. There Angers J. dealt with an objection that ss. 3, 7 and 11 of the *Unfair Competition Act* were *ultra vires* and that consequently the Exchequer Court had no jurisdiction to entertain the action. Sections 3 and 7 dealt with trade marks and trade names respectively and, as to those sections, the trial Judge was of opinion that they fell within federal competence under the trade and commerce power. He made no pronouncement as to s. 11 (despite what the headnote to the report says) because (to use his words, at p. 75) "section 11 applies to acts of unfair competition and has no relevance to the present case".

In the other cases in which s. 11 was considered, the questions in them concerned the application of that provision in the various situations that were said to bring it into play. In *A.C. Spark Plug Co. v. Canadian Spark Plug Service*⁶, it appeared to

partie lésée. En l'espèce, on n'a pas prétendu devant cette Cour que les dispositions de l'art. 20 de la Loi de 1932, qui donnaient à la Cour de l'Échiquier du Canada «la juridiction pour recevoir toute action ou procédure instituée pour rendre exécutoire l'un quelconque des droits conférés ou définis par la présente loi», donnaient, au cas de violation de l'art. 11, un recours civil équivalent au recours que donne expressément l'art. 53 de la présente *Loi sur les marques de commerce* au cas de violation de l'art. 7 ou d'une autre disposition de fond de la Loi. Je remarque toutefois que dans l'affaire *The Kitchen Overall & Shirt Co. Ltd. c. Elmira Shirt & Overall Co. Ltd.*⁴, le président de la Cour, le juge Maclean, s'est dit d'avis que l'art. 11 accordait [TRADUCTION] «un droit d'action statutaire pour les mêmes dommages que ceux auxquels la *common law* donnait ouverture à un recours dans les affaires de concurrence déloyale».

Il y a peu de jurisprudence sur l'art. 11. Sa constitutionnalité n'a été soulevée que dans un seul des quelques cas où il a été examiné, soit dans l'affaire *Good Humor Corp. of America c. Good Humor Food Products Ltd.*⁵, relative à la prétendue usurpation d'une marque de commerce. Étaient contestées la constitutionnalité des art. 3, 7 et 11 de la *Loi sur la concurrence déloyale* et, par voie de conséquence, la juridiction en l'espèce de la Cour de l'Échiquier. Les articles 3 et 7, a déclaré le juge Angers, traitaient respectivement des marques de commerce et des noms commerciaux et ils relevaient donc de la compétence fédérale en vertu du pouvoir sur la réglementation des échanges et du commerce. Il ne s'est pas prononcé sur l'art. 11 (quoi qu'en dise le sommaire) parce que (comme il le dit à la p. 75) [TRADUCTION] «l'art. 11 s'applique à des actes de concurrence déloyale et il n'est pas pertinent en l'espèce.»

Dans les autres affaires où l'on a étudié l'art. 11, la question portait sur l'application de cette disposition à un cas où il était censé jouer. Dans l'affaire *A.C. Spark Plug Co. c. Canadian Spark Plug Service*⁶, la Cour a semblé d'avis que l'art. 11

⁴ [1937] Ex.C.R. 230.

⁵ [1937] Ex.C.R. 61.

⁶ [1935] Ex.C.R. 57.

⁴ [1937] R.C. de l'É. 230.

⁵ [1937] R.C. de l'É. 61.

⁶ [1935] R.C. de l'É. 57.

be the opinion of the Court that s. 11 did nothing more than codify the tort of passing off, and the same view was apparent in the *Kitchen Overall* case. The *Spark Plug* case concerned an alleged infringement of a registered trade mark and there was also an allegation of contravention of s. 11 of the *Unfair Competition Act*. Maclean J. concluded his reasons for dismissing the action as follows (at p. 69):

Inasmuch as I find that there has been no infringement and no passing off, I cannot see how it can be said that the business carried on by any one of the defendants offends sec. 11 of the Act or is contrary to honest industrial and commercial usage.

The *Kitchen Overall* case, in deciding that s. 11 gave a statutory cause of action as at common law in passing off cases, may have proceeded on the basis that it was enough to sustain s. 11 that jurisdiction was vested in the Exchequer Court. If so, this is an unacceptable proposition. There is reference in the reasons for judgment of Maclean J. to the international convention, to which I refer later in these reasons, and it was said by him that s. 11 was intended to implement Canada's obligation thereunder. He did say as well that no question was raised as to the jurisdiction of the Exchequer Court to entertain actions contemplated by s. 11. The action in the *Kitchen Overall* case was for an injunction to restrain use of an unregistered trade mark or trade name, and it succeeded.

*Booth v. Sokulsky*⁷, gave effect to s. 11(c) in an action brought in the Exchequer Court under the *Unfair Competition Act*, 1932, and based on an alleged misuse of plaintiff's unregistered trade mark and trade name on wares sold by the defendant which were similar to those of the plaintiff. Although it was a passing off action, it was held that the Exchequer Court had jurisdiction under s. 22(c) of the *Exchequer Court Act* because, within the terms of that provision, the action was one

⁷ (1953), 13 Fox Pat. Cas. 145.

ne faisait que codifier le délit de concurrence déloyale et cette opinion a été reprise dans l'affaire *Kitchen Overall*. Dans l'affaire *Spark Plug*, il s'agissait d'une prétendue usurpation d'une marque de commerce enregistrée et l'on alléguait aussi violation de l'art. 11 de la *Loi sur la concurrence déloyale*. Les motifs du président de la Cour, le juge Maclean, aux termes desquels celui-ci rejette l'action, se terminent de la façon suivante (à la p. 69):

[TRADUCTION] Comme je conclus qu'il n'y a eu ni usurpation ni concurrence déloyale, je ne vois pas comment on peut dire que l'exploitation de l'entreprise par l'un ou l'autre des défendeurs contrevient à l'art. 11 de la Loi ou est contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale.

En décidant que l'art. 11 donnait un droit d'action statutaire correspondant au recours existant en *common law* dans les affaires de concurrence déloyale, le juge Maclean, dans l'affaire *Kitchen Overall*, a peut-être postulé qu'il suffisait, pour conclure à la validité de l'art. 11, que la juridiction ait été attribuée à la Cour de l'Échiquier. S'il en est ainsi, c'est une proposition inacceptable. Le juge Maclean a renvoyé dans ses motifs de jugement à la convention internationale, dont je vais parler plus loin, et a déclaré que le Canada, en promulguant l'art. 11, cherchait à s'acquitter de l'obligation contractée aux termes de cette convention. Il a en outre précisé qu'on n'avait pas soulevé la question de la juridiction de la Cour de l'Échiquier quant aux actions visées par l'art. 11. Dans l'affaire *Kitchen Overall*, il s'agissait d'une demande d'injonction, à laquelle on a fait droit, pour interdire l'usage d'une marque de commerce ou d'un nom commercial.

Dans l'affaire *Booth v. Sokulsky*⁷, on a donné effet à l'al. c) de l'art. 11. Il s'agissait d'une action intentée en cour de l'Échiquier en vertu de la *Loi sur la concurrence déloyale* de 1932 et fondée sur la prétendue utilisation illicite de la marque de commerce et du nom commercial non enregistrés du demandeur sur des marchandises vendues par le défendeur et qui étaient semblables à celles du demandeur. Même si l'action était fondée sur la concurrence déloyale, on a décidé que la Cour de

⁷ (1953), 13 Fox Pat. Cas. 145.

“respecting any trade mark”. I do not regard this case as being at all helpful on the question in issue here, which does not concern trade mark litigation.

*Kellogg Company v. Helen Kellogg*⁸, was another case touching the jurisdiction of the Exchequer Court as a matter of construing legislation conferring jurisdiction but again without touching constitutionality, a point that was made expressly in that case.

The contention of the appellants and of the supporting intervenants, briefly put, was that s. 7(e), if not also the whole of s. 7, was legislation in the relation to property and civil rights in the province or, alternatively, legislation in relation to matters of a local or private nature in the province, within s. 92(13) or (16) of the *British North America Act*. The respondent and the Attorney-General for Canada supported s. 7(e) as being (1) legislation in relation to the regulation of trade and commerce within s. 91(2) of that Act; (2) supportable as legislation in implementation of a Canadian international obligation arising out of a treaty or convention, and thus falling within federal power for the peace, order and good government of Canada in relation to a matter not coming within s. 92; and (3) legislation in relation to the criminal law within s. 91(27).

This last mentioned basis of validity deserves no more than a brief statement of reasons for rejecting it. Assuming that s. 7(e) (as, indeed, the other subparagraphs of s. 7) proscribe anti-social business practices, and are thus enforceable under the general criminal sanction of s. 115 of the *Criminal Code* respecting disobedience of a federal statute, the attempt to mount the civil remedy of s. 53 of the *Trade Marks Act* on the back of the *Criminal Code* proves too much, certainly in this case. The principle which would arise from such a result would provide an easy passage to valid federal legislation to provide and govern civil relief in

⁸ [1941] S.C.R. 242.

l'Échiquier avait juridiction en vertu de l'al. c) de l'art. 22 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* au motif que, au sens de cette disposition, il s'agissait d'une action «concernant une marque de commerce». A mon avis, cette affaire-là ne nous aide pas, étant donné qu'en l'espèce ce n'est pas une marque de commerce qui fait l'objet du litige.

L'arrêt *Kellogg Company c. Helen Kellogg*⁸, a de même traité de la juridiction de la Cour de l'Échiquier, mais seulement quant à l'interprétation de la loi sans traiter de la constitutionnalité, comme on l'y a clairement indiqué.

La prétention des appelants et des intervenants qui les appuient est, en résumé, que l'al. e) de l'art. 7, sinon l'art. 7 en entier, est une disposition législative sur la propriété et les droits civils dans la province ou, subsidiairement, sur des matières d'une nature locale ou privée dans la province, au sens des par. (13) et (16) de l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. L'intimée et le procureur général du Canada soutiennent que l'al. e) de l'art. 7 est (1) une disposition législative relative à la réglementation des échanges et du commerce au sens du par. (2) de l'art. 91 de l'*Acte*; (2) une législation valable comme visant à exécuter une obligation contractée par le Canada dans un traité ou accord international et relevant ainsi de la compétence fédérale de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement à l'égard d'une matière ne tombant pas sous l'art. 92; et (3) une mesure législative relative au droit criminel au sens du par. (27) de l'art. 91.

Ce dernier argument sur la constitutionnalité ne mérite pas plus qu'un bref énoncé des motifs de le rejeter. Même en présumant que l'al. e) de l'art. 7 (comme d'ailleurs les autres alinéas de l'art. 7) interdit des méthodes d'affaires antisociales susceptibles de la sanction générale prévue à l'art. 115 du *Code criminel* pour désobéissance à une loi fédérale, on dépasse vraiment les bornes en prétendant fonder sur le *Code criminel* le redressement civil prévu à l'art. 53 de la *Loi sur les marques de commerce*. Le principe qui en découlerait aurait pour conséquence d'ouvrir la voie toute large à la législation fédérale sur le redressement civil à

⁸ [1941] R.C.S. 242.

respect of numerous sections of the *Criminal Code* and would, in the light of the wide scope of the federal criminal law power, debilitate provincial legislative authority and the jurisdiction of provincial Courts so as to transform our constitutional arrangements on legislative power beyond recognition. It is surely unnecessary to go into detail on such an extravagant posture. This Court's judgment in *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen*⁹, upholding the validity of federal legislation authorizing the issue of prohibitory order in connection with a conviction of a combines offence, illustrates the preventive side of the federal criminal law power to make a conviction effective. It introduced a supporting sanction in connection with the prosecution of an offence. It does not, in any way, give any encouragement to federal legislation which, in a situation unrelated to any criminal proceedings, would authorize independent civil proceedings for damages and an injunction.

I point out also that s. 115 of the *Criminal Code* is, so to speak, a "default" provision, coming alive when no "penalty or punishment" is expressly provided, and I cannot subscribe to the proposition that s. 115 can be a base upon which to support the validity, under the federal criminal law power, of a completely independent civil remedy, which lies only at the behest of private parties claiming some private injury.

I did not understand counsel to urge that s. 7, or s. 7(e) alone, should be supported under the criminal law power by excluding s. 53 as a means of enforcement. If that had been the argument, it would have meant a concession by the respondent and the intervening Attorney-General for Canada that s. 53 should be regarded as inapplicable to s. 7(e). No such concession was made.

The contentions of the appellants and the remaining two contentions of the respondent, supported as they are by the intervenors, require a more extensive canvass of the scope of legislative power than I have made in disposing of the submission under the criminal law power. I approach this canvass by examining first what it is that the legislation in question does, and what the legal

l'égard de nombreux articles du *Code criminel* et, vu la vaste compétence fédérale en matière de droit criminel, affaiblirait l'autorité législative provinciale et la juridiction des tribunaux provinciaux de façon à transformer nos arrangements constitutionnels sur le partage des compétences au point de les rendre méconnaissables. Il n'est sûrement pas nécessaire d'examiner dans les détails une attitude si déraisonnable. L'arrêt de cette Cour dans *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. La Reine*⁹, qui a maintenu la validité d'une loi fédérale autorisant l'émission d'une ordonnance d'interdiction à l'occasion d'une déclaration de culpabilité d'infraction relative aux coalitions, fait voir que le pouvoir fédéral en matière de droit criminel permet l'adoption de mesures préventives pour renforcer une déclaration de culpabilité. A la poursuite pour une infraction, on a joint une sanction effective. Cela ne favorise aucunement une législation fédérale qui, en l'absence de toute procédure criminelle, prévoit des procédures purement civiles en dommages-intérêts avec demande d'injonction.

Je fais aussi remarquer que l'art. 115 du *Code criminel* est, pour ainsi dire, une disposition supplétive qui ne s'applique que lorsqu'aucune «peine ou châtement» n'est expressément prévu, et je ne puis souscrire à la proposition que l'art. 115 soit, en vertu de la compétence fédérale en droit criminel, le fondement d'un recours civil entièrement distinct exclusivement à l'instance des particuliers qui se croient lésés.

Je ne pense pas qu'aucun avocat ait soutenu que l'art. 7, ou l'al. e) de l'art. 7 seulement, puisse se fonder sur la compétence en droit criminel, en dehors des recours prévus à l'art. 53. En disant cela, l'intimée et l'intervenant, le procureur général du Canada, se seraient trouvés à admettre que l'art. 53 ne s'applique pas à l'al. e) de l'art. 7. C'est ce que l'on n'a jamais admis.

Les prétentions des appelants et les deux autres prétentions de l'intimée, appuyées par les intervenants, exigent une étude plus approfondie de la compétence législative que celle que je viens de faire pour rejeter l'argument fondé sur le droit criminel. J'aborderai cette étude par l'examen de l'objet et de la portée de la loi en litige et de ce qu'était et serait la position juridique (non pas

⁹ [1956] S.C.R. 303.

⁹ [1956] R.C.S. 303.

position (not the constitutional position necessarily) was and would be apart from the challenged legislation.

I think it fair to look upon s. 7 as embodying a scheme, one limited in scope perhaps but nonetheless embodying an array of connected matters. I shall come later to what appeared to be a fundamental underpinning of the respondent's position and that of the Attorney-General for Canada, namely, that s. 7 or at least s. 7(e) must not be construed *in vacuo*, but must itself be brought into account as a segment or a piece of a tapestry of regulation and control of industrial and intellectual property.

It was not disputed that the common law in the provinces outside of Quebec and the *Civil Code* of Quebec governed the conduct or aspects thereof now embraced by s. 7 and embraced earlier by s. 11 of the Act of 1932. To illustrate, s. 7 (a) is the equivalent of the tort of slander of title or injurious falsehood, albeit the element of malice, better described as intent to injure without just cause or excuse, is not included as it is in the common law action: see Fleming on Torts (4th ed. 1971), at p. 623. Section 7(b) is a statutory statement of the common law action of passing off, which is described in Fleming on Torts, *supra*, at p. 626 as "another form of misrepresentation concerning the plaintiff's business . . . which differs from injurious falsehood in prejudicing the plaintiff's goodwill not by deprecatory remarks but quite to the contrary by taking a free ride on it in pretending that one's own goods or services are the plaintiff's or associated with or sponsored by him". It differs from injurious falsehood in that "it is sufficient that the offensive practice was calculated or likely, rather than intended, to deceive".

Section 7(c) is a curious provision to be armed with a civil sanction by way of damages when one already exists in the ordinary law of contract. The provision refers to substitution of other goods for those ordered or requested, but there is always the right to reject upon discovery of the substitution, and if the substituted goods are knowingly accept-

nécessairement la position constitutionnelle), en faisant abstraction de la disposition législative attaquée.

Il me paraît juste de considérer l'art. 7 comme l'énoncé d'un système, de portée limitée peut-être, mais ne visant pas moins une série de matières connexes. Je reviendrai plus loin sur ce qui semble être la base fondamentale de la position de l'intimée et du procureur général du Canada, savoir, que l'art. 7 ou du moins l'al. e) de l'art. 7, ne doit pas être interprété dans l'abstrait, mais doit être considéré comme une pièce dans l'ensemble des règles relatives à la propriété industrielle et intellectuelle.

On ne nie pas que les actes visés par l'art. 7 (autrefois l'art. 11 de la Loi de 1932) relèvent du *Code civil* au Québec et de la *common law* dans les autres provinces. Par exemple, l'al. a) du par. 7 vise l'équivalent du délit de diffamation par dénigrement ou par fausse déclaration préjudiciable, même si l'élément de malice, ou plutôt l'intention de causer du tort sans motif ou excuse raisonnable, n'y est pas requis comme pour le recours de *common law*: voir Fleming on Torts (4^e éd. 1971), à la p. 623. L'alinéa b) de l'art. 7 n'est que la formulation de l'action pour une espèce de concurrence déloyale en *common law*, que Fleming on Torts, *supra*, décrit à la p. 626 comme [TRADUCTION] «une autre forme de tromperie préjudiciable au commerce du demandeur . . . qui diffère de la fausse déclaration préjudiciable en ce qu'elle tend à réduire la clientèle du demandeur non pas par des remarques désobligeantes mais en usurpant sa réputation en faisant croire que des marchandises ou services viennent de lui ou d'une firme associée ou qu'il les garantit». Contrairement aux fausses déclarations préjudiciables [TRADUCTION] «il suffit que l'opération soit destinée ou de nature à induire en erreur même sans intention d'induire en erreur».

L'alinéa c) de l'art. 7 est une disposition singulière pour y attacher une sanction civile par voie de dommages-intérêts alors qu'il en existe déjà une dans le droit général des contrats. On y parle de substitution d'autres marchandises à celles qui ont été commandées ou demandées, mais on a toujours la possibilité de refuser les marchandises en décou-

ed there would appear to be no relief. If s. 7(c) purports to give additional relief even if the substituted goods are knowingly accepted, where are the damages? Or does the provision envisage damages arising from failure to deliver the proper goods in time? If so, there is the usual remedy for breach of contract. I can see s. 7(c) in the context of a regulatory regime subject to supervision by a public authority, but its presence under the sanction of a private civil remedy merely emphasizes for me federal intrusion upon provincial legislative power.

Section 7(d) appears to be directed to the protection of a purchaser or a consumer of wares or services, in contrast with s. 7(a) which involves slander of title or injurious falsehood *qua* a competitor in business. It involves what I would term deceit in offering goods or services to the public, deceit in the sense of material false representations likely to mislead in respect of the character, quality, quantity or composition of goods or services, or in respect of their geographic origin or in respect of their mode of manufacture, production or performance. If any aggrieved person would have a cause of action under s. 53 in respect of damages suffered by him by reason of a breach of s. 7(d), it would ordinarily be expected to arise through breach of contract. One can envisage, of course, a statutory tort of deceit under s. 7(d), but this hardly adds to its constitutional propriety as federal legislation. Whether sounding in contract or in tort, it is not limited to those bases of relief in respect of enterprises or services that are otherwise within federal legislative competence. Again, the issue of a violation of s. 7(d) could as easily arise in a local or intraprovincial transaction as in an interprovincial one; there is nothing in s. 7(d) that emphasizes any interprovincial or transprovincial scope of the prohibition in s. 7(d) so as to establish some connection with federal legislative authority under s. 91(2) of the *British North America Act*.

Section 7(e) is, in terms, an additional proscription to those enumerated in subparagraphs (a) to

vrant la substitution, et si on les accepte sciemment, il semble bien que ce sera sans recours. Si l'al. c) vise à autoriser un redressement même si la substitution est sciemment acceptée, en quoi consistent les dommages? Veut-on prévoir des dommages-intérêts résultant du défaut de livrer à temps les marchandises commandées? Mail il y a déjà le recours habituel pour bris de contrat. Je verrais l'al. c) dans le contexte d'un système réglementaire sous la surveillance d'une autorité publique, mais sa présence sous un régime de redressements de droit privé ne fait que souligner, selon moi, l'empiétement fédéral dans une matière de compétence provinciale.

L'alinéa d) de l'art. 7 semble prévoir la protection de l'acheteur ou consommateur de marchandises ou services, par opposition à l'al. a) qui vise la diffamation ou le dénigrement d'un concurrent ou de sa marchandise. Cela implique ce que j'appellerais de la duperie dans l'offre au public de marchandises ou services, duperie au sens de désignation fautive sous un rapport essentiel et de nature à tromper le public en ce qui regarde les caractéristiques, la qualité, la quantité ou la composition des marchandises ou services ou leur origine géographique ou leur mode de fabrication, de production et d'exécution. Celui qui aurait droit d'action en vertu de l'art. 53 pour dommages causés par la violation de l'al. d) aura normalement un recours fondé sur la violation du contrat. On peut évidemment penser que l'al. d) fait de la duperie un délit statutaire, mais cela ne saurait guère tendre à justifier sa constitutionnalité comme législation fédérale. Sous l'aspect contractuel comme sous l'aspect délictuel, la disposition n'est pas restreinte aux seuls services ou entreprises qui relèvent par ailleurs de la compétence fédérale. De plus, il peut aussi facilement y avoir infraction à l'al. d) à l'occasion d'une transaction locale ou intraprovinciale qu'à l'occasion d'une transaction interprovinciale; il n'y a rien qui souligne dans cette interdiction une portée interprovinciale ou transprovinciale de façon à établir quelque lien avec le pouvoir législatif fédéral en vertu du 2^e chef de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

L'alinéa e) de l'art. 7 est, dans sa forme, une interdiction qui s'ajoute à celles des alinéas a) à

(d) of s. 7. Its vagueness is not, of course, a ground of constitutional invalidity, but I am satisfied that it does have subject matter, as the facts of this very case demonstrate. It would encompass breach of confidence by an employee by way of appropriating confidential knowledge or trade secrets to a business use adverse to the employer. So too, it would appear to be broad enough to cover the fruits of industrial espionage. Counsel for the respondent referred the Court to the judgment of the Supreme Court of the United States in *International News Service v. Associated Press*¹⁰, as exemplary of the thrust of s. 7(e). It recognized as enjoined unfair competition the "pirating" of news by one news service from another and selling it while its commercial value as news was still evident, although the appropriation was effected by lawful means, e.g., through the reading of bulletin boards and early editions of the complainant's newspapers. I note only that this result, albeit not without dissent, was reached on grounds which included equitable considerations; and it was reached without reliance on statute. In a later case, *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. U.S.*¹¹, at pp. 531-2, Hughes C.J. saw the *Associated Press* case as an extension of the passing off cases (which, as the main instance of unfair competition at common law, involved the palming off of one's goods as those of a rival trader). The scope of the tort has been extended, he said, "to apply to misappropriation as well as to misrepresentation, to the selling of another's goods as one's own—to misappropriation of what equitably belongs to a competitor".

The fact that s. 7(e) has subject matter, whether as embodying claims cognizable at common law or as providing a statutory basis for a civil cause of action, does not differentiate it, in constitutional terms, from s. 7(a) (b) (c) and (d). As a class of prescriptions, additional to those in the preceding catalogues, it appears to me to be simply a formulation of the tort of conversion, perhaps writ large and in a business context.

d). Son manque de précision n'est évidemment pas un motif d'inconstitutionnalité, et je suis convaincu qu'il a un objet, comme les faits en l'espèce le démontrent. On pourrait y faire entrer l'abus de confiance de la part d'un employé par l'utilisation commerciale, à l'encontre des intérêts de son employeur, de renseignements confidentiels ou secrets commerciaux. Il pourrait même être assez étendu pour viser l'espionnage industriel. L'avocat de l'intimée nous a cité le jugement de la Cour suprême des États-Unis dans *International News Service v. Associated Press*¹⁰, comme exemple de la portée de l'al. e) de l'art. 7. Cet arrêt a considéré comme un acte de concurrence déloyale susceptible d'interdiction le fait pour une agence de «pirater» les nouvelles d'une autre et les vendre alors qu'elles ont encore une valeur commerciale même si ce résultat est obtenu par des moyens légaux, c.-à-d. par la lecture des tableaux d'affichage et des premières éditions des journaux abonnés à cette autre agence. Je signale seulement que cette conclusion, qui n'est pas unanime, est fondée sur des motifs qui reposent notamment sur des considérations d'équité, aucunement sur la loi écrite. Dans un arrêt subséquent, *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. U.S.*¹¹, aux pp. 531-2, le juge en chef Hughes a vu dans l'arrêt *Associated Press* une extension de la jurisprudence sur le délit de concurrence déloyale (dont la principale espèce selon la *common law*, est le fait de faire passer sa propre marchandise pour celle d'un concurrent). On a étendu la portée du délit, dit-il, [TRADUCTION] «afin d'appliquer le principe au détournement aussi bien qu'à la fausse présentation, au fait de vendre les marchandises d'un autre comme les siennes—de s'emparer de ce qui appartient en justice à un concurrent».

Que l'al. e) ait une portée véritable, soit à titre de codification de certains recours admise en *common law* ou comme fondement législatif de poursuites civiles, n'a pas pour effet de le distinguer, du point de vue constitutionnel, des al. a), b), c) et d). A titre de catégorie d'interdictions s'ajoutant aux précédentes, je n'y vois rien de plus que la formulation du délit de détournement, énoncée, peut-être, en des termes plus généraux et dans un contexte commercial.

¹⁰ (1918), 248 U.S. 215.

¹¹ (1935), 295 U.S. 495.

¹⁰ (1918), 248 U.S. 215.

¹¹ (1935), 295 U.S. 495.

As does the common law, as applied in the provincial courts in the common law provinces, so does the Quebec *Civil Code* comprehend civil actions for relief in respect of matters covered by s. 7. The causes of action are founded largely on the general fault provision, art. 1053: see, for example, *Corbeil v. Dufresne*¹² (a slander of title situation as understood at common law); *Giguère Automobile Ltée v. Universal Auto Ltd.*¹³ (false and misleading advertisements, amounting to deceit); *Eagle Shoe Co. Ltd. v. Slater Shoe Co. Ltd.*¹⁴ (passing off in use of trade name).

The similarity of what is covered by the Quebec *Civil Code* to what is dealt with in s. 7 is underlined by the following extract from Nadeau, *Traité Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle* (1971) at p. 221:

Civil Code.—Unlawful or unfair competition unjustly causing injury to others comes within the civil responsibility contemplated in Art. 1053 of the *Civil Code*. Actions for damages for unfair competition lie not only under federal law, but also under the general principles of civil delictual responsibility. Accordingly, an act of unfair competition will be a cause of action for damages only for a competitor who can prove actual damage. It should also be noted that federal law does not cover all possible cases of unfair competition, since the latter may border on defamation, if there is disparagement of a competitor.

Forms of unfair competition.—It may generally be stated that competition is unfair if it goes against the “accepted practice” of industry or business. It then oversteps the bounds of fairness. Our courts require an element of bad faith or at least of malicious intent in order to constitute unfair competition. While one’s desire to benefit from the misfortune of a competitor, whose factory has been partly destroyed by fire, by inviting some of the latter’s customers and salesmen to place their orders with him, betrays an obvious lack of magnanimity, it is not in itself an act of unfair and unlawful competition, any more than a mere inaccurate statement would support a judgment, if no damage has been caused. The same holds true for sensational or even malicious advertising that is not directed at a particular person.

¹² (1933), 40 R.L.N.S. 40.

¹³ (1941), 70 Que. Q.B. 166.

¹⁴ (1929), 46 Que. K.B. 121.

De même que la *common law* appliquée par les tribunaux des autres provinces, le *Code civil* du Québec prévoit des recours civils à l’égard des matières visées par l’art. 7. Le fondement en est principalement la disposition générale sur la responsabilité résultant de la faute, l’art. 1053: voir, par exemple, *Corbeil c. Dufresne*¹² (délict de dénigrement en *common law*); *Giguère Automobile Ltée c. Universal Auto Ltd.*¹³ (annonces fausses et trompeuses, équivalant à une duperie); *Eagle Shoe Co. Ltd. c. Slater Shoe Co. Ltd.*¹⁴ (concurrency déloyale par marque prêtant à confusion).

On voit la similitude entre ce que renferme le *Code civil* du Québec et ce dont traite l’art. 7, dans le passage suivant du *Traité Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle* (1971) de Nadeau, à la p. 221:

Le Code civil.—La concurrence illicite ou déloyale, qui cause un tort injuste à autrui, ressortit à la responsabilité civile de l’art. 1053 C. civ. Les actions en dommages-intérêts pour concurrence déloyale sont instruites en vertu, non seulement de la loi fédérale, mais aussi des principes généraux de la responsabilité civile délictuelle. C’est ainsi qu’un acte de concurrence déloyale ne donnera lieu à une action en dommages-intérêts que de la part d’un concurrent pouvant justifier d’un préjudice réel. Il convient aussi de noter que la loi fédérale ne couvre pas tous les cas possibles de concurrence déloyale, d’autant que cette dernière peut voisiner avec la diffamation, s’il y a dénigrement d’un concurrent.

Les formes de la concurrence déloyale.—On peut dire, d’une manière générale, que la concurrence est déloyale si elle est contraire aux «usages honnêtes» de l’industrie ou du commerce. C’est qu’elle dépasse alors les limites de l’équité. Nos tribunaux exigent un élément de mauvaise foi ou du moins une intention de nuire pour qu’il y ait concurrence déloyale. Le désir d’une personne de profiter du malheur d’un concurrent, dont l’usine a été partiellement détruite par l’incendie, en invitant quelques-uns des clients et voyageurs de ce dernier à lui confier des commandes, s’il traduit un manque de générosité évident, ne constitue pas en soi un acte de concurrence déloyale et illicite, pas plus qu’une simple affirmation inexacte ne peut justifier de condamnation, si elle n’a causé aucun dommage. Il en va de même pour une publicité tapageuse et même malveillante, qui ne vise personne en particulier.

¹² (1933), 40 R.L.N.S. 40.

¹³ (1941), 70 B.R. 166.

¹⁴ (1929), 46 B.R. 121.

P. Cousineau J. in *Corbeil* defined unfair competition as [TRANSLATION] "an act done in bad faith for the purpose of causing confusion between the products of two manufacturers or tradesmen, or an act which without causing confusion, casts discredit on a rival firm". Unfair competition may accordingly take various forms. It may refer to passing off, fraudulent copying, resorting to fraudulent practices to create difficulties for a competitor by hiring away his staff, using highly deceptive advertising, such as offering for sale at extremely low prices automobiles of the same make as a competitor's when none are available, stealing secrets, and, finally, assuming a trade name without authorization.

Turning to the cases which have dealt with s. 7, I know of none in which the constitutionality of that provision or of any of its parts has been passed upon prior to the present case. Some at least of the cases may be said or thought to assume the validity of s. 7 or the part thereof involved, as for example *Canadian Converters Co. Ltd. v. Eastport Trading Co. Ltd.*¹⁵ The cases are instructive, however, for revealing the scope of s. 7, and how it either squares with or overlaps or extends, where it does so at all, the common law and the civil law on the matters with which that section deals.

The references that I now make are illustrative rather than exhaustive. *Breeze Corp. v. Hamilton Clamp Stampings Ltd.*¹⁶, a judgment of Donnelly J. of the Ontario Supreme Court, concerned an alleged breach of confidence in violation of an agreement and the use of the confidential information outside the limits permitted by the agreement. The only interest of the case here is in the observation that s. 7, as was evident from clause (c) thereof, was not limited to the common law action for passing off.

A long line of cases, both in the Exchequer Court and in the provincial courts, exhibit either direct or alternate reliance on s. 7(b) to support claims for relief to protect trade names. Examples

¹⁵ (1968), 70 D.L.R. (2d) 149.

¹⁶ (1961), 37 C.P.R. 153.

M. le juge P. Cousineau, dans cette affaire *Corbeil*, définit la concurrence déloyale «l'acte pratiqué de mauvaise foi à l'effet de produire une confusion entre les produits de deux fabricants ou commerçant ou qui, sans produire de confusion, jette le discrédit sur un établissement rival». La concurrence déloyale peut donc revêtir bien des formes. Elle pourra désigner la substitution de produits (*passing off*), la contrefaçon, le recours à des manœuvres dolosives pour créer des difficultés à un concurrent, comme de détourner son personnel ou l'usage d'une publicité gravement mensongère, comme l'annonce en vente à de très bas prix d'autos d'une marque identique à celle de concurrents quand on n'en a pas à vendre, le détournement de secrets et, enfin, l'usurpation d'enseigne.

Quant aux affaires où l'on a considéré l'art. 7, je n'en connais aucune, avant la présente, où on en ait examiné la constitutionnalité. Dans quelques cas, au moins, on semble avoir présumé de sa validité ou de la partie pertinente, comme par exemple dans *Canadian Converters Co. Ltd. v. Eastport Trading Co. Ltd.*¹⁵ Les décisions sont toutefois instructives en ce qu'elles révèlent la portée de l'art. 7 et font voir comment, en certains cas, il correspond à la *common law* et au droit civil sur ce dont il traite et, en d'autres cas, il les déborde ou prolonge.

Les affaires que je vais maintenant citer seront des exemples plutôt qu'une liste complète. Dans *Breeze Corp. v. Hamilton Clamp Stampings Ltd.*¹⁶, le jugement du juge Donnelly de la Cour suprême d'Ontario, concernait un présumé abus de confiance en violation d'un contrat et l'utilisation de renseignements confidentiels, en dehors des limites stipulées. En l'instance, le seul intérêt que présente cette affaire, est le passage où l'on fait la remarque que l'art. 7, comme l'al. c) indique clairement, ne se limite pas aux actions pour concurrence déloyale fondées sur la *common law*.

Une abondante jurisprudence de la Cour de l'Échiquier et des cours provinciales montre qu'on s'est fondé soit directement soit subsidiairement sur l'al. b) de l'art. 7 comme base pour la protec-

¹⁵ (1968), 70 D.L.R. (2d) 149.

¹⁶ (1961), 37 C.P.R. 153.

are *Building Products Ltd. v. B.P. Canada Ltd.*¹⁷ and *Greenglass v. Brown*¹⁸, both Exchequer Court cases which agree that s. 7(b) goes beyond the old s. 11 of the *Unfair Competition Act* in not requiring that the likelihood of confusion be between competitors, but appear to disagree on whether ss. 2 and 6, which relate to the meaning and application of "confusing" for trade mark and trade name purposes, apply when s. 7(b) is invoked. In *The Noshery Ltd. v. The Penthouse Motor Inn Ltd.*¹⁹, Addy J., then in the Ontario Supreme Court, differed from both of the foregoing cases in holding that s. 7(b) applied only as between competitors.

Two cases in particular which canvassed s. 7 show how much it reflects well known common law and civil law causes of action between private persons. The two cases are *Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co. Ltd.*²⁰, and *Clairol International Corp. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd.*²¹. I cite these cases not for what they actually decided but for the view that they take of s. 7. Thus, in the *Eldon Industries* case, which involved claims for relief in respect of the copying of a toy by a competitor of the plaintiffs, Schroeder J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, had this to say (at pp. 105-106, 107-108):

It has not been suggested that the defendants' conduct was brought within the prohibition of s. 7(a) of the Act nor has it been claimed that they offended in any respect against the provisions of s. 7(d). Paragraphs (b) and (c) of s. 7 declare in codified form the common law tort of passing off one person's wares for those of another. Paragraph (b) relates to the wrongful act of passing off one's wares as and for those of another by directing public attention to the wares (not necessarily in compliance with an order or request) as, e.g., by giving one's products a particular marking, shape or appearance which has become recognized in the public eye as indicative of another source, and thereby creating confusion or a likelihood of confusion in the minds of the public. Paragraph (c), on the other hand, points to a particular kind of passing off—substituting wares or

tion de «noms commerciaux». Ainsi dans, *Building Products Ltd. v. B.P. Canada Ltd.*¹⁷ et *Greenglass v. Brown*¹⁸, les deux juges de la Cour de l'Échiquier ont été d'accord que l'al. b) de l'art. 7 va au-delà de l'ancien art. 11 de la *Loi sur la concurrence déloyale* en n'exigeant pas que le danger de confusion soit entre concurrents, mais ils semblent avoir été en désaccord quant à savoir si les art. 2 et 6, touchant le sens de l'expression «créant de la confusion» à l'égard des marques de commerce et des «noms commerciaux», s'appliquent lorsque l'al. b) de l'art. 7 est invoqué. Dans *The Noshery Ltd. v. The Penthouse Motor Inn Ltd.*¹⁹ le juge Addy, alors juge de la Cour suprême de l'Ontario, a, au contraire, décidé que l'al. b) de l'art. 7 ne s'applique qu'entre concurrents.

Voici maintenant deux affaires où l'on a étudié l'art. 7 et qui illustrent bien à quel point il reprend des causes d'actions entre individus que connaissent bien la *common law* et le droit civil. Il s'agit de *Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co. Ltd.*²⁰ et de *Clairol International Corp. c. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd.*²¹ Je les mentionne non pas pour ce qu'on y a décidé mais pour ce qu'on y a dit de l'art. 7. Ainsi, dans *Eldon Industries*, où les demanderessees alléguaient l'imitation d'un jouet par un concurrent, le juge d'appel Schroeder parlant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, déclarait (aux pp. 105-106, 107-108):

[TRADUCTION] On n'a pas prétendu que les actes des défenderesses étaient interdits par l'al. a) de l'art. 7 de la Loi ni qu'ils allaient de quelque façon à l'encontre des dispositions de l'al. d) de l'art. 7. Les alinéa b) et c) de l'art. 7 énoncent sous forme codifiée le délit de *common law* qui consiste à faire passer ses marchandises pour celles d'un autre. A l'alinéa b) il s'agit du délit de faire passer ses marchandises pour celles d'un autre en attirant l'attention du public sur les marchandises (non pas nécessairement des marchandises qui ont été commandées ou demandées) comme, par exemple en donnant à un produit une marque, un façonnement ou une présentation particuliers qui aux yeux du public ont une autre origine et, par ce fait, créant de la confusion ou créant vraisemblablement de la confusion dans l'esprit du public. L'alinéa c), en revanche, traite de concurrence

¹⁷ (1961), 21 Fox Pat. Cas. 130.

¹⁸ (1962), 24 Fox Pat. Cas. 21.

¹⁹ (1969), 61 C.P.R. 207.

²⁰ (1965), 54 D.L.R. (2d) 97.

²¹ [1968] 2 Ex. C.R. 552.

¹⁷ (1961), 21 Fox Pat. Cas. 130.

¹⁸ (1962), 24 Fox Pat. Cas. 21.

¹⁹ (1969), 61 C.P.R. 207.

²⁰ (1965), 54 D.L.R. (2d) 97.

²¹ [1968] 2 R.C. de l'É. 552.

services for those ordered or requested, as when a product manufactured by A is ordered and the vendor supplies a product made by B as answering the description.

A claim founded on the alleged marking or appearance of wares contrary to s. 7(b) is doomed to failure unless the claimant establishes that the marking or appearance has become recognized by the public as having a particular origin. . . .

Considerable argument was addressed to us as to the effect to be given to s. 7(e) of the *Trade Marks Act*. I am in agreement with the conclusion of the learned Judge of first instance that s. 7(e) must be read in conjunction with paras. (a), (b), (c) and (d) of that section: *A.C. Spark Plug Co. v. Canadian Spark Plug Service*, [1935] Ex.C.R. 57, [1935] 3 D.L.R. 84; *Kitchen Overall & Shirt Co. v. Elmira Shirt & Overall Co.*, [1937] Ex.C.R. 230, [1938] 1 D.L.R. 7. These cases were decided under s. 11 of the *Unfair Competition Act*, 1932 (Can.) c. 38, which had codified the common law of passing off, and s. 7 of the *Trade Marks Act* is substantially a re-enactment of s. 11 of the *Unfair Competition Act* with some additions thereto. Section 7(e), therefore, must be read *ejusdem generis* with s. 7(a), (b), (c) or (d). The principles governing cases of product simulation have been carefully evolved both at common law and in equity and are now stated in statutory form in s. 7(a) to (d). They were never intended to yield to a subjective or unknown standard embraced in the words "any other business practice contrary to honest industrial or commercial usage in Canada", which would be the effect of the provisions in s. 7(e) if removed from the contextual influence of the foregoing clauses of the section. . . .

In the *Clairol* case, which was a trade mark infringement action, with the plaintiff also invoking s. 7(d) and (e), Thurlow J. found on the facts that there was no violation of either s. 7(d) or (e). In addressing himself to s. 7(e), he said this (at p. 561):

. . . The particular statutory provision does not stand by itself but is the last of at least five separate prohibitions comprised in the section as a whole. It is, moreover, by its terms, applicable only to acts or practices of the nature prohibited other than those mentioned in the

déloyale d'un genre particulier—soit de substituer des marchandises ou services à ceux qui sont commandés ou demandés, comme lorsqu'un produit manufacturé par A est commandé et que le vendeur remet un produit manufacturé par B comme étant conforme au premier.

Une réclamation basée sur l'allégation que les marchandises sont marquées ou présentées contrairement aux dispositions de l'al. b) de l'art. 7 est vouée à l'échec à moins que le réclamant établisse que la marque ou la présentation est connue par le public comme ayant une origine particulière. . . .

On a beaucoup insisté devant nous sur la portée à donner à l'al. e) de l'art. 7 de la *Loi sur les marques de commerce*. Je partage la conclusion du savant juge de première instance que l'al. e) de l'art. 7 doit s'interpréter conjointement avec les al. a), b), c) et d) du même article: *A.C. Spark Plug Co. v. Canadian Spark Plug Service*, [1935] R.C. de l'É. 57, [1935] 3 D.L.R. 84; *Kitchen Overall & Shirt Co. v. Elmira Shirt & Overall Co.*, [1937] R.C. de l'É. 230, [1938] 1 D.L.R. 7. Ces affaires ont été décidées selon l'art. 11 de la *Loi sur la concurrence déloyale*, 1932 (Can.), c. 38, qui avait codifié le délit de concurrence déloyale de *common law*, et l'art. 7 de la *Loi sur les marques de commerce* reproduit en substance l'art. 11 de la *Loi sur la concurrence déloyale*, quelques dispositions ajoutées en sus. L'alinéa e) de l'art. 7 doit donc s'interpréter *ejusdem generis* avec les al. a), b), c) ou d) de l'art. 7. Aussi bien en *common law* qu'en *equity* l'évolution des principes régissant les affaires d'imitation de produits a été lente et ces principes sont maintenant énoncés dans une loi aux al. a) à d) de l'art. 7. Il n'a jamais été question que ces derniers soient soumis à un critère subjectif ou inconnu qui aurait sa source dans les mots «une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada», ce que les dispositions de l'al. e) de l'art. 7 auraient pour effet si elles étaient considérées hors du contexte des alinéas antérieurs de l'article. . . .

Dans l'affaire *Clairol*, une action pour usurpation d'une marque de commerce, la demanderesse a aussi invoqué les al. d) et e) de l'art. 7 et le juge Thurlow a décidé qu'en fait il n'y avait pas violation ni de l'al. d) ni de l'al. e). En examinant l'al. e) de l'art. 7 il déclarait ceci (à la p. 561):

[TRADUCTION] . . . Cette disposition statutaire particulière, qui est la dernière d'au moins cinq interdictions distinctes comprises dans l'ensemble de l'article, n'est pas indépendante. De plus, elle s'applique seulement, selon le texte, à des actes ou méthodes autres que ceux

preceding paragraphs. The first of these preceding paragraphs is an express prohibition against making a false or misleading statement tending to discredit the business, wares or services of a competitor. In this the key words in my opinion are "false or misleading" and it is the falseness or deceptiveness of the statement which renders the statement dishonest and unfair. The corollary to this as I see it is that to make a statement that is neither false nor misleading is not prohibited even though it may tend to discredit the business, wares or services of a competitor. That this is the legal situation becomes plain I think when one considers that it never has been regarded, at least so far as I am aware, as dishonest or wrong for a business man to seek by any honest means to attract the customers of his competitors and thus to reduce the custom which they have theretofore enjoyed. The same thread appears to me to pervade paragraphs (b), (c) and (d), as well, of section 7, since each by its terms is limited to conduct which is deceptive or likely to result in deception and is in that sense dishonest. When therefore one comes to paragraph (e) and finds it prohibiting any other act or business practice contrary to honest industrial or commercial practice in Canada it seems clear that acts or practices that are dishonest in the sense of their being in some way deceptive or calculated to result in deception would fall within its purview. Acts or conduct involving some breach of trust or confidence may well be considered to fall within that purview as well. But I do not think that in the context of the section as a whole the language used can properly be extended to prohibit conduct which can be regarded as dishonest only in the much more refined sense of taking advantage of a market situation even though that situation has been created, as in this case, largely by the efforts and expenditures of another so long as the means used to take advantage of the situation are not in themselves dishonest. The view of the scope of section 7(e) expressed by Schroeder J.A., speaking for the Court of Appeal of Ontario in *Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co. Ltd.* is, I think, to the same effect . . .

Whether there is in fact a consonance between the *Eldon Industries* case and the *Clairol* case on the position of s. 7(e) in relation to the other parts of s. 7 is not of importance here.

There is one judgment of this Court, *S. & S. Industries Inc. v. Rowell*²², which is of particular

²² [1966] S.C.R. 419.

qui sont interdits dans les alinéas précédents. Le premier de ces alinéas interdit expressément de faire une déclaration fausse ou trompeuse tentant à discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent. Ici les mots clefs sont, à mon avis, «fausse ou trompeuse» et c'est le caractère faux ou trompeur de la déclaration qui la rend malhonnête et injuste. Il s'ensuit, comme je le vois, qu'il n'est pas interdit de faire une déclaration qui peut tendre à discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent si elle n'est pas fausse ni trompeuse. Il devient clair, je crois, que c'est la situation juridique lorsqu'on voit qu'à ma connaissance, du moins il n'a jamais été considéré malhonnête ou répréhensible pour un homme d'affaires de chercher par tous les moyens honnêtes à attirer les clients de ses concurrents et ainsi réduire leur clientèle. Il me semble que la même tendance se reflète aussi dans les al. b), c) et d) de l'art. 7, puisque chacun, selon ses termes, se borne à interdire des actes trompeurs ou dont les conséquences sont vraisemblablement trompeuses et en ce sens malhonnêtes. Lorsqu'on arrive par conséquent à l'al. e) et que l'on voit qu'il interdit tout autre acte ou méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels et commerciaux ayant cours au Canada, il semble clair que ce qu'il vise ce sont les actes ou méthodes malhonnêtes dans le sens qu'ils sont de quelque façon trompeurs ou susceptibles d'induire en erreur. Des actes ou une conduite qui impliquent quelque abus de confiance pourraient bien aussi être également visés. Mais je ne crois pas que dans le contexte de l'article, considéré dans son ensemble, les termes employés puissent à juste titre s'interpréter plus largement de façon à interdire une conduite qu'on pourrait qualifier de malhonnête que dans le sens beaucoup plus subtil de profiter de la situation du marché, même si cette situation, comme en l'espèce, découle en grande partie des efforts et dépenses d'un tiers, pourvu que les moyens utilisés pour profiter de la situation ne soient pas eux-mêmes malhonnêtes. Le juge d'appel Schroeder, parlant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co. Ltd.* a exprimé, à mon avis, la même opinion à l'égard de la portée de l'al. e) de l'art. 7.

Il importe peu qu'il y ait accord ou désaccord entre les deux décisions *Eldon Industries* et *Clairol* quant à la relation entre l'al. e) de l'art. 7 et le reste de l'article.

Il y a un arrêt, de cette Cour, *S. & S. Industries Ltd. c. Rowell*²², quant à la portée de l'art. 7, et

²² [1966] R.C.S. 419.

importance in any assessment of the scope of s. 7 and, especially of s. 7(a) and (e), as it bears on validity. There was no constitutional question raised in that case which involved two points first, whether the appellant's patent was invalid and second, whether the respondent was entitled to damages for what was in essence slander of title or injurious falsehood. In delivering the judgment of the Court, Martland J. said this (at pp. 422-3):

The appellant's submission was that the respondent, in order to recover damages, must bring his claim within the requirements of the common law action, which has been described as "injurious falsehood", "slander of goods", and "trade libel". This assumes, probably correctly, that the respondent's cause of action, if one existed, arose in the Province of Ontario and would be governed by the laws of that Province. I will deal with the appellant's argument upon that basis, although, as will appear later, my opinion is that the respondent's claim for damages in this case can properly be founded upon a federal statute, and, accordingly, it is not necessary to decide that point in this case.

That a claim could be made at common law, provided the necessary conditions of liability were established, for damages resulting from the threat of legal proceedings in respect of alleged infringement of an invalid patent or trade mark has been established by English authorities ...

After noting the appellant's submission that malice (in the sense of want of just cause or excuse for making the untrue statements) was a necessary ingredient of the cause of action, Martland J. continued as follows:

In England the matter of threats of proceedings for alleged patent infringement was dealt with by statute, in s. 32 of the *Patents Act of 1883*, but no similar provision is included in the Canadian *Act*. The respondent, however, relies upon the provisions of s. 7(a) of the *Trade Marks Act*, c. 49, Statutes of Canada 1952-53, as creating a statutory cause of action, similar in nature to the action for injurious falsehood, limited to claims in respect of statements made by a competitor, but in which malice is no longer an ingredient. ...

There is no express requirement that the false or misleading statements be made with knowledge of their

particulièrement des al. a) et e), qui est particulièrement important, vu que cette portée n'est pas sans influencer sur la validité. Aucune question constitutionnelle n'a été soulevée dans cette affaire qui touchait deux points: premièrement la validité du brevet de l'appelante, deuxièmement le droit de l'intimé à des dommages-intérêts pour ce qui était en substance un dénigrement ou une fausse déclaration préjudiciable. Rendant le jugement de la Cour, le juge Martland déclarait (aux pp. 422-3):

[TRADUCTION] La prétention de l'appelante était que l'intimé, pour recouvrer des dommages-intérêts, doit faire entrer sa réclamation dans le cadre d'une action de *common law*, que l'on a décrite comme une action pour «fausse déclaration préjudiciable», pour «dénigrement de marchandise», et pour «diffamation commerciale». Cela suppose, probablement à bon droit, que le droit d'action de l'intimé, s'il existe, a pris naissance dans la province d'Ontario et est régi par les lois de cette province. Je traiterai, sur cette base de l'argument de l'appelante, bien que je sois d'avis, comme on le verra plus loin, que la réclamation en dommages-intérêts de l'intimé peut à juste titre s'appuyer sur une loi fédérale, et qu'il n'est pas nécessaire par conséquent de trancher ici cette question.

La jurisprudence anglaise démontre que si les conditions requises pour la responsabilité sont établies, la menace de procédures judiciaires pour une prétendue contrefaçon d'un brevet ou marque de commerce invalides peut en *common law* donner lieu à une poursuite en dommages-intérêts ...

Après avoir signalé la prétention de l'appelante que la malice (au sens d'absence d'une cause ou excuse raisonnable pour les fausses déclarations) était un élément nécessaire du droit d'action, le juge Martland a continué comme suit:

[TRADUCTION] En Angleterre, on a légiféré à l'art. 32 de la *Loi sur les brevets de 1883* sur les menaces de procédures pour prétendue contrefaçon de brevet, mais au Canada la loi ne contient aucune disposition semblable. L'intimé prétend toutefois que les dispositions de l'al. a) de l'art. 7 de la *Loi sur les marques de commerce*, c. 49, Statuts du Canada 1952-53, créent un droit d'action statutaire, semblable à l'action pour fausse déclaration préjudiciable, mais seulement pour des déclarations faites par un concurrent où, cependant, la malice n'est plus un élément nécessaire ...

Il n'est pas expressément exigé que les déclarations fausses ou trompeuses aient été faites sciemment ou

falsity, or that they be made maliciously. To interpret these provisions as though such elements were implied would be to construe them as merely restating rules of law which already existed. I do not think this approach is a proper one. The *Unfair Competition Act* was a statutory code to provide for fair dealing in trade. Section 11 was based upon Article 10bis of the *International Convention for the Protection of Industrial Property*, made at the Hague, November 6, 1925, to which Canada was a party . . .

In my opinion, the natural meaning of s. 7(a) is to give a cause of action, in the specified circumstances, in respect of statements which are, in fact, false, and the presence or absence of malice would only have relevance in relation to the assessments of damages.

The circumstances of this case bring the respondent within the provisions of s. 7(a) and accordingly, in my opinion, the appeal should be dismissed with costs.

Spence J. in a concurring judgment held that even if malice was necessary, there was evidence thereof upon which the trial judge could act.

The Court in the *S. & S. Industries* case did not pronounce upon s. 7(e), and its concern with damages under s. 7(a) was in the context of a patent issue, and hence in respect of a matter on which Parliament is expressly authorized to legislate.

Overall, whether s. 7(e) be taken alone or, more properly, as part of a limited scheme reflected by s. 7 as a whole, the net result is that the Parliament of Canada has, by statute, either overlaid or extended known civil causes of action, cognizable in the provincial courts and reflecting issues falling within provincial legislative competence. In the absence of any regulatory administration to oversee the prescriptions of s. 7 (and without coming to any conclusion on whether such an administration would in itself be either sufficient or necessary to effect a change in constitutional result), I cannot find any basis in federal power to sustain the unqualified validity of s. 7 as a whole or s. 7(e) taken alone. It is not a sufficient peg on which to support the legislation that it applies throughout Canada when there is nothing more to give it validity.

malicieusement. Interpréter ces dispositions en y sous-entendant ces éléments équivaldrait à les lire comme si elles n'étaient que l'énoncé de règles de droit existantes. Je ne crois pas que cela soit justifié. *La Loi sur la concurrence déloyale* est une codification statutaire visant l'honnêteté dans le commerce. L'article 11 était inspiré de la Convention internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle, signée à la Haye le 6 novembre 1925 à laquelle le Canada était partie . . .

A mon avis, l'al. a) de l'art. 7, selon sa signification normale, donne, dans les circonstances spécifiées, un droit d'action pour des déclarations qui sont, de fait, fausses et la malice ou l'absence de malice n'est à considérer que dans l'évaluation des dommages.

Les circonstances, en l'espèce, font tomber l'intimé sous le coup des dispositions de l'al. a) de l'art. 7 et par conséquent le pourvoi doit, à mon avis, être rejeté avec dépens.

Le juge Spence, en donnant son accord, a déclaré que même si la malice était nécessaire, il y avait de la preuve d'où le juge de première instance pouvait tirer des conclusions en ce sens.

Dans *S. & S. Industries*, la Cour ne s'est pas prononcée sur l'al. e) de l'art. 7, et elle a étudié la question des dommages en vertu de l'al. a) dans le contexte d'une affaire de brevet, donc dans une matière qui relève expressément de la compétence législative du Parlement.

En définitive, soit que l'on considère l'al. e) de l'art. 7 isolément ou mieux, comme partie d'un petit système visé par l'art. 7 dans son ensemble, la conclusion doit être que le Parlement du Canada a, par une loi, embrassé ou élargi des droits d'action reconnus en matière civile relevant de la juridiction des tribunaux provinciaux et touchant des questions de compétence législative provinciale. En l'absence d'organisme administratif pour contrôler l'observation des interdictions décrétées à l'art. 7 (et sans conclure que l'existence d'un tel organisme serait un facteur important ou décisif de constitutionnalité), je ne puis rien trouver dans les pouvoirs fédéraux qui fournisse un fondement incontestable à l'art. 7 dans son ensemble ou à l'al. e) considéré isolément. Le fait que la loi s'applique dans tout le Canada ne saurait constituer un point d'appui suffisant lorsque rien d'autre ne justifie sa validité.

The cases to which I have referred indicate some association of s. 7(a), (b) and (d) with federal jurisdiction in relation to patents and copyrights arising under specific heads of legislative power, and with its jurisdiction in relation to trade marks and trade names, said to arise (as will appear later in these reasons) under s. 91(2) of the *British North America Act*. If, however, this be enough to give a limited valid application to those subparagraphs it would not sweep them into federal jurisdiction in respect of other issues that may arise thereunder not involving matters that are otherwise within exclusive federal authority. Certainly, it would not engage s. 7(e) which, as interpreted in the cases which have considered it, does not have any such connection with the enforcement of trade marks or trade names or patent rights or copyright as may be said to exist in s. 7(a), (b) and (d). Even if it be possible to give a limited application to s. 7, in respect of all its subparagraphs, to support existing regulation by the Parliament of Canada in the fields of patents, trade marks, trade names and copyright, the present case falls outside of those fields because it deals with breach of confidence by an employee and appropriation of confidential information.

It was emphasized again and again by counsel for the respondent that s. 7(e) deals with predatory practices in competition, in a competitive market, that it postulates two or more aspirants or competitors in business and that it involves misappropriation and a dishonest use, in competition, of information or documents so acquired. This may equally be said of the tort of conversion where it involves persons in business or in competition. The fact that Parliament has hived off a particular form of an existing tort or has enlarged the scope of the liability does not determine constitutionality. The relevant questions here are whether the liability is imposed in connection with an enterprise or an activity, for example, banking or bills of exchange, that is itself expressly within federal legislative power; or, if not, whether the liability is dealt with in such a manner as to bring it within the scope of some other head of federal legislative power.

Les décisions que j'ai mentionnées font voir qu'il y a une certaine relation entre les al. a), b) et d) de l'art. 7 et la compétence fédérale sur les brevets et le droit d'auteur qui découle de certains chefs spéciaux de pouvoir législatif ainsi que la compétence sur les marques de commerce et les noms commerciaux qui viendrait, comme on le verra plus loin, du deuxième chef de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Même si cela suffit à donner à ces alinéas un certain champ d'application valable, il n'en résulte pas qu'ils attirent dans le champ de la compétence fédérale les autres matières qu'ils visent et qui ne relèvent pas autrement de l'autorité exclusive du pouvoir fédéral. Cet effet ne peut certainement pas se produire à l'égard de l'al. e) de l'art. 7 qui, comme on l'interprète dans la jurisprudence, n'a pas avec la protection des marques de commerce, des noms commerciaux, des brevets d'invention ou du droit d'auteur le lien qu'on prétend trouver dans les al. a), b) et d). Même s'il était possible de donner à tous les alinéas de l'art. 7 une portée restreinte à la réglementation fédérale dans le domaine des brevets, des marques de commerce, des noms commerciaux et du droit d'auteur, la présente affaire ne tombe pas dans ce domaine parce qu'elle concerne un abus de confiance par un employé et l'appropriation de renseignements confidentiels.

L'avocat de l'intimée a souligné à maintes reprises que l'al. e) de l'art. 7 vise des pratiques concurrentielles malhonnêtes, dans un marché où s'exerce la concurrence, qu'il y présuppose deux ou plusieurs concurrents en lice et y implique détournement et utilisation malhonnête de renseignements ou documents ainsi obtenus. Tout cela est aussi vrai du délit de détournement lorsqu'il implique des hommes d'affaires ou des concurrents. Le fait que le Parlement a précisé un aspect particulier d'un délit connu ou a élargi la responsabilité qui en découle, ne saurait être un critère de constitutionnalité. Les questions pertinentes en l'espèce sont de savoir si la responsabilité est imposée à l'égard d'entreprises ou d'activités, par exemple les banques ou les lettres de change, qui relèvent elles-mêmes expressément de la compétence fédérale ou, dans la négative, si la responsabilité est réglementée de façon à tomber sous quelque autre rubrique du pouvoir législatif fédéral.

This depends not only on what the liability is, but as well on how the federal enactment deals with its enforcement. What is evident here is that the predatory practices are not under administrative regulation of a competent federally-appointed agency, nor are they even expressly brought under criminal sanction in the statute in which they are prohibited. It is, in my opinion, difficult to conceive them in the wide terms urged upon the Court by the respondent and by the Attorney-General of Canada when they are left to merely private enforcement as a private matter of business injury which may arise, as to all its elements including damage, in a small locality in a Province or within a Province. I do not see any general cast in s. 7(e) other than the fact that it is federal legislation and unlimited (as such legislation usually is) in its geographic scope. Indeed, the very basis upon which s. 7(e) is analyzed by the respondent, namely, that it postulates two or more competitors in business, drains it, in my opinion, of the generality that would have been present if the legislation had established the same prescriptions to be monitored by a public authority irrespective of any immediate private grievance as to existing or apprehended injury.

The source of authority for s. 7(e), alleged to be in s. 91(2) of the *British North America Act*, may now be examined. The reasons for judgment of the Federal Court of Appeal, delivered by Jackett C. J. are adopted by the respondent and by the Attorney-General of Canada and I turn to them. The initial proposition stated in those reasons as a base for what follows is not one which I can accept. Jackett C.J. says this:

The primary question is whether the *Trade Marks Act*, as a whole, is a valid exercise of Parliament's legislative powers. If the answer to that question were in the negative, the further question that would arise is whether section 7, or section 7(e), is severable from the rest of the statute and, taken by itself, is a valid exercise of Parliament's legislation powers.

No attack has been made on the *Trade Marks Act* as a whole, and the validity of its provisions in so far as they deal with trade marks is not in ques-

Cela ne dépend pas seulement du caractère de la responsabilité mais aussi des mesures de contrôle adoptés par la loi fédérale. Il est évident, en l'espèce, que les méthodes malhonnêtes ne sont pas soumises au contrôle d'un organisme administratif fédéral et ne sont pas non plus expressément assujetties à une sanction pénale par la loi qui les interdit. Il est, à mon avis, difficile de les concevoir dans les termes généraux mis de l'avant par l'intimée et le procureur général du Canada devant cette Cour, lorsque la sanction reste sous tous rapports, y compris le préjudice, une affaire de caractère privé à débattre entre particuliers dans n'importe quelle petite ville ou ailleurs dans une province. Je ne vois dans l'al. e) de l'art. 7 aucun aspect d'intérêt général sauf qu'il s'agit d'une loi fédérale qui (comme c'est généralement le cas) n'est pas géographiquement limitée dans son application. En fait, la base même de l'al. e) sur lequel se fonde l'analyse qu'en fait l'intimée, c'est-à-dire qu'il présuppose la présence de deux ou plusieurs concurrents, élimine, à mon avis, l'aspect général qui aurait existé si cette législation avait imposé les mêmes interdictions mais sous la surveillance d'une autorité publique, indépendamment d'aucun grief immédiat de quelque particulier à l'égard du préjudice subi ou appréhendé.

Il y a lieu maintenant d'examiner le par. (2) de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* comme fondement de l'al. e) de l'art. 7. L'intimée et le procureur général du Canada s'appuient sur les motifs du jugement qu'a rendu le juge en chef Jackett au nom de la Cour d'appel fédérale et j'y arrive. La première proposition énoncée dans ces motifs comme un fondement de ce qui suit n'en est pas une que je puis adopter. Il dit:

La première question à se poser est celle de savoir si l'ensemble de la *Loi sur les marques de commerce* relève de la compétence du Parlement du Canada. Si la réponse à cette question est négative, la question suivante à se poser est celle de savoir si l'article 7, ou son alinéa e), est susceptible d'être séparé du reste de la loi et, pris séparément, d'être considéré comme relevant de la compétence du Parlement du Canada.

La *Loi sur les marques de commerce* dans son ensemble n'est pas contestée et la validité de ses dispositions sur les marques de commerce n'est pas

tion. Since s. 7(e) is not a trade mark provision, its inclusion in the *Trade Marks Act* does not stamp it with validity merely because that Act in its main provisions is quantitatively unchallenged. I come back to the question whether s. 7, and particularly s. 7(e), can stand as part of the scheme of the *Trade Marks Act* and other related federal legislation. If it can stand alone, it needs no other support; if not, it may take on a valid constitutional cast by the context and association in which it is fixed as complementary provision serving to reinforce other admittedly valid provisions.

Having regard to the way in which the issue of validity came to this Court, I think the proper approach is to inquire whether s. 7(e), taken alone, can be supported as valid federal legislation, and, if not, whether it can be supported as part of a scheme of legislative control that Parliament may establish. In this connection I would not characterize the *Trade Marks Act* as the Federal Court of Appeal did in associating ss. 7 to 11 of the Act as representing "a set of general rules applicable to all trade and commerce in Canada, including a statutory version of the common law rule against passing off". I have already noted that ss. 8 to 11 belong to trade mark enforcement, and if we are left with s. 7 to represent *general* rules applicable to all trade and commerce in Canada, the generality resides only in the fact that s. 7 has no geographic limitation. This is the beginning of the problem not the end.

Two decisions of the Privy Council lie at the base of the Federal Court's conclusion on the validity of s. 7 including s. 7(e); they are *Citizens Insurance Co. v. Parsons*²³, and *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada*²⁴. The conclusion was stated as follows:

²³ (1881), 7 App. Cas. 96.

²⁴ [1937] A.C. 405.

mise en question. Puisque l'al. e) de l'art. 7 n'a pas trait aux marques de commerce, sa présence dans la *Loi sur les marques de commerce* n'est pas une garantie de validité simplement parce que les principales dispositions n'en sont pas attaquées. Je reviens à la question de savoir si l'art. 7, particulièrement l'al. e) peut être considéré comme une partie du système général de la *Loi sur les marques de commerce* et des autres lois fédérales connexes. Si l'article est valide en soi, il n'a pas besoin d'autre appui. Sinon, sa constitutionnalité est susceptible de venir du contexte où il a le caractère de disposition additionnelle servant à renforcer d'autres dispositions d'une validité incontestable.

Vu la façon dont la question constitutionnelle a été soulevée devant cette Cour, je crois qu'il faut rechercher d'abord si l'al. e) de l'art. 7, pris séparément, peut se justifier comme législation fédérale, et dans la négative, s'il peut se justifier à titre de partie d'un système de contrôle que le Parlement peut établir. A cet égard, je ne caractériserais pas la *Loi sur les marques de commerce* comme la Cour d'appel fédérale l'a fait en considérant l'ensemble des art. 7 à 11 de la Loi comme «un ensemble de règles générales applicables à tout le trafic et à tout le commerce au Canada, y compris une version statutaire de la règle de *common law* interdisant la concurrence déloyale». J'ai déjà noté que les art. 8 à 11 visent l'usurpation des marques de commerce, et s'il ne reste que l'art. 7 dans la catégorie des règles *générales* applicables à tous les échanges et à tout le commerce au Canada, la généralité tient seulement à ce que l'art. 7 est sans limite géographique. Telles sont les données du problème dont il faut chercher la solution.

La conclusion de la Cour d'appel fédérale sur la validité de l'art. 7, y compris l'al. e), est fondée sur deux arrêts du Conseil Privé: *Citizens Insurance Co. v. Parsons*²³, et *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada*²⁴. Elle est formulée comme suit:

²³ (1881), 7 App. Cas. 96.

²⁴ [1937] A.C. 405.

Against the background of these authorities, my conclusion is that a law laying down a set of general rules as to the conduct of business men in their competitive activities in Canada is a law enacting "regulations of trade as a whole or regulations of general trade and commerce within the sense of the judgment in *Parsons case*". From this point of view, I can see no difference between the regulation of commodity standards and a law regulating standards of business conduct; and, in my view, if there is anything that can be general regulation of trade as a whole it must include a law of general application that regulates either commodity standards or standards of business conduct.

In my opinion the *Trade Marks Act*, as a whole, is a law of general application regulating standards of business conduct in Canada and is, therefore, within the powers conferred on Parliament by section 91(2) of the *British North America Act, 1867*. It is therefore unnecessary for me to consider the other grounds advanced for supporting the validity of section 7(e).

I am quite prepared, in considering the scope of federal legislative power in relation to the regulation of trade and commerce, to look at the *Parsons* case in the widest aspects of its pronouncements on what that scope is. The attenuation of this broadly phrased power cannot be attributed to the *Parsons* case but to a sequential course of decision which, in my view, failed to redeem the promise of what the *Parsons* case said. The *Parsons* case itself, on its facts, may even now be taken to have been correctly decided in so far as it concerned the validity of provincial legislation respecting contracts of insurance in the province, and the prescription of statutory conditions for policies of fire insurance on property in the province. It should not be forgotten that this Court had sustained the validity of the legislation, albeit with two dissents, when the case was before it: see (1880), 4 S.C.R. 215. In sustaining the provincial enactment, this Court was careful to emphasize the sweep and primacy of the federal trade and commerce power but found its limits not to be transgressed by the provincial legislation under consideration. Thus Ritchie J. said (at p. 242):

A la lumière de cette jurisprudence, je conclus qu'une loi établissant un ensemble de règles générales visant la conduite des hommes d'affaires au Canada dans le cadre d'activités concurrentielles est une loi promulgant [TRA-DUCTION] «des réglementations de l'ensemble du commerce ou des réglementations du trafic et du commerce au niveau national au sens donné à ces expressions dans l'arrêt *Parsons*». A cet égard, il n'y a, à mon avis, aucune différence entre la réglementation des normes auxquelles doivent se conformer les produits et une loi réglementant les normes à respecter dans la conduite des affaires; selon moi, s'il existe une notion telle que la réglementation générale de l'ensemble du commerce, elle doit inclure une loi d'application générale qui réglemente soit les normes des produits soit les normes de la conduite des affaires.

A mon avis, la *Loi sur les marques de commerce*, dans son ensemble, est une loi d'application générale réglementant les normes de la conduite des affaires au Canada; elle relève donc de la compétence conférée au Parlement par l'article 91(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Il ne m'est donc pas nécessaire d'examiner les autres moyens invoqués à l'appui de la validité de l'article 7 e).

Je suis bien prêt, en examinant la portée de la compétence du Parlement du Canada sur la réglementation des échanges et du commerce, à considérer sous leur aspect le plus général les énoncés de l'arrêt *Parsons* sur la portée de cette compétence. L'atténuation de la vaste formulation de ce pouvoir ne peut être attribué à ce seul arrêt mais bien à une série d'arrêts subséquents qui, à mon avis, n'en ont pas suivi les traces. Il se peut même que d'après les faits, l'arrêt *Parsons* soit correct dans la mesure où il touche la validité de la législation provinciale sur les contrats d'assurance dans la province ainsi que les conditions statutaires des polices d'assurance-incendie dans la province. On ne doit pas oublier que cette Cour avait maintenu la validité de la loi, avec deux dissidences, lorsque l'affaire lui a été soumise: voir (1880), 4 R.C.S. 215. En maintenant la loi provinciale, cette Cour avait pris soin de souligner l'étendue et la primauté de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce mais elle a décidé que la loi provinciale en litige respectait les limites de cette compétence. Ainsi le juge Ritchie déclarait (à la p. 242):

No one can dispute the general power of parliament to legislate as to "trade and commerce," and that where, over matters with which local legislatures have power to deal, local legislation conflicts with an Act passed by the Dominion parliament in the exercise of any of the general powers confided to it, the legislation of the local must yield to the supremacy of the Dominion parliament; in other words, that the provincial legislation in such a case must be subject to such regulations, for instance, as to trade and commerce of a commercial character, as the Dominion parliament may prescribe. I adhere to what I said in *Valin v. Langlois*, that the property and civil rights referred to, were not all property and all civil rights, but that the terms "property and civil rights" must necessarily be read in a restricted and limited sense, because many matters involving property and civil rights are expressly reserved to the Dominion parliament, and that the power of the local legislatures was to be subject to the general and special legislative powers of the Dominion parliament, and to what I there added: "But while the legislative rights of the local legislatures are in this sense subordinate to the right of the Dominion parliament, I think such latter right must be exercised, so far as may be, consistently with the right of the local legislatures; and, therefore, the Dominion parliament would only have the right to interfere with property and civil rights in so far as such interference may be necessary for the purpose of legislating generally and effectually in relation to matters confided to the parliament of *Canada*."

I think the power of the Dominion parliament to regulate trade and commerce ought not to be held to be necessarily inconsistent with those of the local legislatures to regulate property and civil rights in respect to all matters of a merely local and private nature, such as matters connected with the enjoyment and preservation of property in the province, or matters of contract between parties in relation to their property or dealings, although the exercise by the local legislatures of such powers may be said remotely to affect matters connected with trade and commerce, unless, indeed, the laws of the provincial legislatures should conflict with those of the Dominion parliament passed for the general regulation of trade and commerce. . . .

The Privy Council's assessment of the trade and commerce power in the *Parsons* case, upon which the Federal Court of Appeal relied in this case,

[TRADUCTION] Personne ne peut mettre en doute le pouvoir général du Parlement de légiférer à l'égard «des échanges et du commerce» et lorsque, en des matières qui relèvent de la compétence des législatures locales, une loi locale entre en conflit avec une loi adoptée par le Parlement du Dominion légiférant à l'égard de quelque matière relevant de sa compétence, la loi du Parlement du Dominion a préséance sur la loi de la législature locale; en d'autres mots, en pareil cas, la loi provinciale est subordonnée à la réglementation édictée par le Parlement du Dominion à l'égard par exemple, des échanges et du commerce. Je maintiens ce que j'ai dit dans *Valin c. Langlois*, que la propriété et les droits civils mentionnés ne sont pas toute la propriété et tous les droits civils, mais les mots «propriété et droits civils» doivent nécessairement s'interpréter dans un sens restreint et limité, puisque plusieurs sujets y touchant sont expressément réservés au Parlement du Dominion. De plus, le pouvoir des législatures locales est subordonné aux pouvoirs généraux et spéciaux du Parlement du Dominion. A cela, j'ai ajouté en cet arrêt-là «mais bien que la compétence législative des législatures locales soit en ce sens subordonnée à la compétence du Parlement du Dominion, je crois que l'autorité de celui-ci doit s'exercer, dans la mesure du possible, en respectant l'autorité des législatures locales; et par conséquent le Parlement du Canada n'aura le droit d'intervenir dans les matières de propriété et de droits civils que dans la mesure où pareille intervention est nécessaire pour légiférer complètement et efficacement sur des matières relevant de la compétence du Parlement du Canada.»

Je crois qu'il ne faut pas considérer le pouvoir du Parlement du Canada de légiférer pour réglementer les échanges et le commerce comme nécessairement incompatible avec le pouvoir des législatures locales de légiférer pour réglementer la propriété et les droits civils à l'égard de toutes les matières d'une nature purement locale ou privée, comme les matières relatives à la jouissance et à la conservation des biens dans la province ou à des contrats ayant pour objet les biens ou les opérations des parties contractantes, même si l'exercice par les législatures locales de pareil pouvoir peut être considéré comme touchant quelque peu des matières relatives aux échanges et au commerce, à moins que, de fait, les lois des législatures provinciales entrent en conflit avec les lois édictées par le Parlement du Canada pour la réglementation générale des échanges et du commerce. . . .

L'appréciation par le Conseil Privé, dans l'affaire *Parsons*, de la compétence en matière d'échange et de commerce, sur laquelle la Cour

was expressed in the following words (at p. 113 of 7 App. Cas.):

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 regulations 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.

Lord Watson in the *Local Prohibition* case, *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada*²⁵, at p. 363 was content to leave open the exact scope of the federal trade and commerce power, saying of the *Parsons* case that it was there decided "that in the absence of legislation upon the subject by the Canadian Parliament, the Legislature of Ontario had authority to impose conditions, as being matters of civil right, upon the business of fire insurance, which was admitted to be a trade, so long as those conditions only affected provincial trade". The truncation of the federal trade and commerce power appeared in the Insurance Reference case of 1916, *Attorney-General of Canada v. Attorney-General of Alberta*²⁶, at p. 596, where Lord Haldane, making no specific reference to the *Parsons* case but to two other cases, *Hodge v. The Queen*²⁷, and to the unreported Privy Council decision in the McCarthy Act case (as to which see schedule to 1885 (Can.), c.

²⁵ [1896] A.C. 348.

²⁶ [1916] 1 A.C. 588.

²⁷ (1883), 9 App. Cas. 117.

d'appel fédérale s'est fondée en l'espèce, a été formulée de façon suivante (à la p. 113 de 7 App. Cas.):

[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 par. 13 de l'art. 92 à la législature de l'Ontario.

Lord Watson dans l'affaire de la prohibition à l'échelle municipale, *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada*²⁵, à la p. 363 n'a pas voulu se prononcer sur la portée exacte du pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce, disant en parlant de l'arrêt *Parsons* qu'il a été décidé [TRADUCTION] «qu'en l'absence d'une législation du Parlement canadien à ce sujet, la législature de l'Ontario a la compétence pour réglementer l'assurance-incendie comme se rattachant aux droits civils, dans la mesure où les conditions posées ne se rattachaient qu'aux échanges provinciaux». C'est dans le renvoi de 1916 relatif à l'assurance, *Attorney-General of Canada v. Attorney-General of Alberta*²⁶, à la p. 596 qu'on a beaucoup restreint le pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce lorsque lord Haldane, sans mentionner spécifiquement l'arrêt *Parsons* mais bien deux autres arrêts, *Hodge v. The Queen*²⁷, et l'arrêt non publié du Conseil Privé

²⁵ [1896] A.C. 348.

²⁶ [1916] 1 A.C. 588.

²⁷ (1883), 9 App. Cas. 117.

74), stated that "it must now be taken that the authority to legislate for the regulation of trade and commerce does not extend to the regulation by a licensing system of a particular trade in which Canadians would otherwise be free to engage in the provinces".

The *Parsons* case, as already noted from the quotation therefrom, spoke of the *contracts* of a particular business or trade, and excluded these from regulation by the federal Parliament under s. 91(2). The process of truncation was continued in the *Board of Commerce*²⁸ case, but was arrested in *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General of Canada*²⁹.

I do not find it necessary to examine in any detail subsequent cases, either in the Privy Council or in this Court which canvassed or considered the federal trade and commerce power. In so far as they involved marketing regulation, whether under federal legislation, as in *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.*³⁰, in the *Natural Products Marketing Act* reference³¹, and in *Murphy v. C.P.R.*³², or under provincial legislation, as in *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*³³ or in *Reference re Ontario Farm Products Marketing Act*³⁴, they do not bear directly upon the present case. The bearing they do have, however, is in indicating that regulation by a public authority, taking the matter in question out of private hands, must still meet a requirement, if federal regulatory legislation is to be valid, of applying the regulation to the flow of interprovincial or foreign trade; or, if considered in the aspect of regulation of credit (to adopt views expressed by

dans l'affaire de la loi McCarthy (voir à ce sujet l'annexe du c. 74, 1885 (Can.)) a déclaré: [TRADUCTION] «on doit reconnaître maintenant que le pouvoir d'adopter des mesures législatives concernant la réglementation des échanges et du commerce ne s'étend pas à la réglementation par un système de permis d'un commerce particulier que, par ailleurs, les canadiens pourraient exercer en toute liberté dans les provinces».

L'arrêt *Parsons*, comme on vient de le voir dans le passage cité, parle de «réglementer les *contrats* d'un échange ou d'un commerce en particulier» et exclut cela du champ de la réglementation par le Parlement fédéral en vertu du par. (2) de l'art. 91. Le processus de restriction s'est poursuivi avec l'arrêt *Board of Commerce*²⁸, mais dans l'arrêt *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General of Canada*²⁹, y a mis fin.

Je ne considère pas nécessaire d'examiner en détail les arrêts subséquents, soit du Conseil Privé soit de cette Cour, qui ont étudié ou examiné le pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce. Dans la mesure où ils concernaient la réglementation de la mise en marché, soit en vertu de lois fédérales comme dans l'affaire *The King c. Eastern Terminal Elevator Co.*³⁰, le renvoi relatif à la *Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*³¹, et l'affaire *Murphy c. C.P.R.*³², soit en vertu de lois provinciales comme dans l'affaire *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*³³, ou le renvoi *Re Ontario Farm Products Marketing Act*³⁴, ils n'ont pas d'incidence directe sur le présent litige. Ils ont toutefois pour effet d'indiquer qu'il faut qu'il s'agisse d'échanges commerciaux ou étrangers: si l'on veut qu'une loi fédérale imposant la réglementation par une autorité publique et la soustrayant à l'initiative individuelle soit valide ou, si l'on considère la réglemen-

²⁸ [1922] 1 A.C. 191.

²⁹ [1931] A.C. 310.

³⁰ [1925] S.C.R. 434.

³¹ [1937] A.C. 377.

³² [1958] S.C.R. 626.

³³ [1938] A.C. 708.

³⁴ [1957] S.C.R. 198.

²⁸ [1922] 1 A.C. 191.

²⁹ [1931] A.C. 310.

³⁰ [1925] R.C.S. 434.

³¹ [1937] A.C. 377.

³² [1958] R.C.S. 626.

³³ [1938] A.C. 708.

³⁴ [1957] R.C.S. 198.

Duff C.J. in *Reference re Alberta Statutes*³⁵ it must be such as to involve a public regulation thereof applicable to the conduct of trading and commercial activities throughout Canada.

I do not find anything in the case law on s. 91(2) that prevents this Court, even if it would retain a cautious concern for *stare decisis*, from taking the words of the Privy Council in the *Parsons* case, previously quoted, as providing the guide or lead to the issue of validity that arises here. I think the Federal Court of Appeal was correct in doing so, but I do not agree with its use of the *Parsons* criteria to sustain s. 7(e). I repeat the relevant sentence in the *Parsons* case:

The words "regulation of trade and commerce"... 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 regulations of trade affecting the whole dominion.

It is the last mentioned category that is to be considered here. I take it as it is phrased, or as paraphrased by Duff C.J. in the *Natural Products Marketing Act* reference³⁶, at p. 412 where he spoke of "general regulations of trade as a whole or regulations of general trade and commerce within the sense of the judgment in *Parsons* case".

The plain fact is that s. 7(e) is not a regulation, nor is it concerned with trade as a whole nor with general trade and commerce. In a loose sense every legal prescription is regulatory, even the prescriptions of the *Criminal Code*, but I do not read s. 91(2) as in itself authorizing federal legislation that merely creates a statutory tort, enforceable by private action, and applicable, as here, to the entire range of business relationships in any activity, whether the activity be itself within or beyond federal legislative authority. If there have been cases which appeared to go too far in diminution of the federal trade and commerce power, an

³⁵ [1938] S.C.R. 100.

³⁶ [1936] S.C.R. 398.

tation du crédit (pour reprendre l'opinion exprimée par le juge en chef Duff dans le renvoi relatif aux lois de l'Alberta³⁵, la loi doit prévoir une réglementation publique applicable à la poursuite des activités commerciales dans tout le Canada.

Je ne trouve rien dans la jurisprudence sur le par. (2) de l'art. 91 qui empêche cette Cour, même en s'en tenant prudemment au *stare decisis*, de s'inspirer du texte du Conseil Privé dans l'arrêt *Parsons*, précité, comme d'un guide dans l'étude de la question constitutionnelle soulevée en l'espèce. Je crois que la Cour d'appel fédérale a bien fait d'agir de la sorte mais je ne suis pas d'accord que l'utilisation des critères de l'arrêt *Parsons* conduise à juger valide l'al. e) de l'art. 7. J'en répète la phrase pertinente:

[TRADUCTION] Les mots «réglementation des échanges et du commerce»... 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.

On doit examiner en l'espèce la dernière catégorie mentionnée. Je la considère selon les termes employés par le juge en chef Duff dans le renvoi relatif à la *Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*³⁶, lorsque, à la p. 412 il parlait [TRADUCTION] "de règlements généraux sur le commerce dans son ensemble ou des règlements de commerce général, au sens du jugement rendu dans la cause *Parsons*".

A vrai dire l'al. e) de l'art. 7 n'est pas une réglementation et il ne vise pas le commerce dans son ensemble ni le commerce en général. Dans un sens très large toute disposition législative est réglementaire, même celles du *Code criminel*, mais je n'interprète pas le par. (2) de l'art. 91 comme autorisant par lui-même l'adoption d'une loi fédérale qui ne fait que créer un délit statutaire, sanctionné par voie de poursuite civile privée et applicable, comme en l'espèce, à l'ensemble des relations commerciales dans n'importe quelle activité, même si elle ne relève pas de la compétence législative fédérale. S'il y a eu des arrêts qui ont

³⁵ [1938] R.C.S. 100.

³⁶ [1936] R.C.S. 398.

affirmative conclusion here would, in my opinion, go even farther in the opposite direction.

What is evident here is that the Parliament of Canada has simply extended or intensified existing common and civil law delictual liability by statute which at the same time has prescribed the usual civil remedies open to an aggrieved person. The Parliament of Canada can no more acquire legislative jurisdiction by supplementing existing tort liability, cognizable in provincial Courts as reflective of provincial competence, than the provincial legislatures can acquire legislative jurisdiction by supplementing the federal criminal law: see *Johnson v. Attorney-General of Alberta*³⁷.

One looks in vain for any regulatory scheme in s. 7, let alone s. 7(e). Its enforcement is left to the chance of private redress without public monitoring by the continuing oversight of a regulatory agency which would at least lend some colour to the alleged national or Canada-wide sweep of s. 7(e). The provision is not directed to trade but to the ethical conduct of persons engaged in trade or in business, and, in my view, such a detached provision cannot survive alone unconnected to a general regulatory scheme to govern trading relations going beyond merely local concern. Even on the footing of being concerned with practices in the conduct of trade, its private enforcement by civil action gives it a local cast because it is as applicable in its terms to local or intraprovincial competitors as it is to competitors in interprovincial trade.

It is said, however, that s. 7, or s. 7(e), in particular, may be viewed as part of an overall scheme of regulation which is exemplified by the very Act of which it is a part and, also, by such related statutes in the industrial property field as the *Patent Act*, R.S.C. 1970, c. P-4, the *Copyright*

³⁷ [1954] S.C.R. 127.

semblé aller trop loin dans la restriction du pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce, une conclusion affirmative, en l'espèce, irait à mon avis, encore plus loin dans la direction opposée.

Il est évident qu'ici le Parlement du Canada a simplement donné plus d'ampleur et d'importance à la notion de responsabilité délictuelle reconnue par le droit civil et la *common law* en adoptant une loi qui prescrit en même temps les redressements civils ordinaires que la victime pouvait déjà réclamer. Le Parlement du Canada ne peut pas plus élargir son autorité législative en ajoutant à la responsabilité civile existante, qui est du ressort des tribunaux provinciaux en tant que matière de compétence provinciale, que les législatures provinciales peuvent élargir leur autorité législative en ajoutant au droit criminel fédéral: voir *Johnson c. Le procureur général d'Alberta*³⁷.

C'est en vain qu'on cherche dans l'art. 7, à plus forte raison dans l'al. e), un système de réglementation. L'application en est laissée à l'initiative des particuliers, sans contrôle public par un organisme qui surveillerait de façon permanente l'application des règlements, ce qui donnerait au moins quelque apparence de fondement à la prétention que l'al. e) de l'art. 7 est de portée nationale ou qu'il vise tout le Canada. L'objet de la disposition n'est pas le commerce mais l'éthique des personnes qui s'adonnent au commerce ou aux affaires, et, à mon avis, on ne peut maintenir une semblable disposition seule et sans lien avec un système général régissant les relations commerciales dépassant l'intérêt local. Même en disant qu'elle vise des pratiques commerciales, son application pour action civile à l'instance des particuliers lui donne un caractère local parce qu'elle vise, dans ses termes, des concurrents locaux ou à l'intérieur d'une même province aussi bien que des concurrents au niveau interprovincial.

On dit toutefois que l'art. 7, ou l'al. e) en particulier, peut être considéré comme une partie d'un système général de réglementation englobant la loi même où il est inséré ainsi que des lois connexes comme la *Loi sur les brevets*, S.R.C. 1970, c. P-4, la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C.

³⁷ [1954] R.C.S. 127.

Act, R.S.C. 1970, c. C-30 and the *Industrial Design Act*, R.S.C. 1970, c. I-8.

The *Trade Marks Act* and the *Patent Act*, as the keystones of the arch, are characterized by public registers and administrative controls which are not applied in any way to s. 7. This is also true of copyright legislation but, of course, both patents and copyrights are expressly included in the catalogue of enumerated federal powers and the exclusive federal control here excludes any provincial competence. That is not so in the case of unfair competition as it is dealt with in s. 7 of the *Trade Marks Act*. Trade mark legislation (and industrial design legislation, also providing for a registration system, would come under the same cover) has been attributed to the federal trade and commerce power in a cautious pronouncement on the matter by the Privy Council in *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada*³⁸. That case, which is relied on here by the respondent and by the Attorney-General of Canada, was concerned with certain provisions of the *Dominion Trade and Industry Commission Act*, 1935 (Can.), c. 59 (repealed by 1949 (Can. 2nd sess.), c. 31, s. 9). The Act provided for a national mark, Canada Standard or C.S., which was vested in the Crown in right of Canada, and which could be applied to goods which met the requirements for its use established by the legislation. No one was compelled to use it even if the standards for its use were met. It was a form of non-compulsory regulation, inviting a sanction only if the mark was used without satisfying the qualifying conditions.

In the course of sustaining this aspect of the Act, the Privy Council took the opportunity to comment on the validity of existing federal trade marks legislation saying (at p. 417) that "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".

³⁸ [1937] A.C. 405.

1970, c. C-30 et la *Loi sur les dessins industriels*, S.R.C. 1970, c. I-8.

La *Loi sur les marques de commerce* et la *Loi sur les brevets*, qui sont les pivots du système se distinguent par des registres publics et un contrôle administratif que ne prévoit aucunement l'art. 7. Cela est également vrai de la loi sur le droit d'auteur mais, on le sait, les brevets et le droit d'auteur sont expressément mentionnés dans la liste des matières de compétence fédérale et le pouvoir fédéral exclusif y exclut toute compétence provinciale. Ce n'est pas le cas pour la concurrence déloyale visée à l'art. 7 de la *Loi sur les marques de commerce*. Dans *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada*³⁸, le Conseil privé a, non sans précaution, rattaché la loi sur les marques de commerce (ce qui vaudrait pareillement pour la loi sur les dessins industriels qui prévoit également un régime d'enregistrement) à la compétence fédérale en la matière d'échanges et de commerce. Cet arrêt, sur lequel s'appuient, en l'espèce, l'intimée et le Procureur général du Canada, touchait certaines dispositions de la *Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie*, 1935 (Can.), c. 59, (abrogée par 1949 (Can. 2^e session), c. 31, art. 9). Cette loi instituait une marque de commerce nationale, Canada Standard ou C.S. qui était déclaré appartenir à Sa Majesté du chef du Canada, et qui pouvait être apposée aux marchandises conformes aux exigences établies par la loi pour son utilisation. Personne n'était obligé de s'en servir, même si ses marchandises répondaient aux exigences. C'était un genre de réglementation facultative sanctionnée seulement si la marque était utilisée sans se conformer aux conditions prescrites.

Reconnaissant la validité de cet aspect de la loi, le Conseil privé profita de l'occasion pour dire sur la validité de la loi existante touchant les marques de commerce (à la p. 417) [TRADUCTION] «personne n'a contesté la compétence du Dominion à adopter cette législation. Si on le contestait, on pourrait évidemment s'appuyer sur la catégorie de sujets énumérés au par. (2) de l'art. 91, la réglementation des échanges et du commerce».

³⁸ [1937] A.C. 405.

The Supreme Court of Canada, when the foregoing case was before it (*In re Dominion Trade and Industry Commission Act, 1935*³⁹) considered not only ss. 18 and 19 of the 1935 Act respecting the C.S. mark (which it held was *ultra vires* but on which it was reversed by the Privy Council), but also s. 14 which provided for government approval of agreements between persons engaged in any specific industry, in which there was wasteful or demoralizing competition, for controlling and regulating prices. This provision was held to be *ultra vires* because it contemplated application to individual agreements which might relate to trade which was entirely local. The Supreme Court of Canada added this (at p. 382):

If confined to external trade and interprovincial trade, the section might well be competent under head no. 2 of section 91; and if the legislation were in substance concerned with such trade, incidental legislation in relation to local trade necessary in order to prevent the defeat of competent provisions might also be competent; but as it stands, we think this section is invalid.

No appeal was taken on this provision to the Privy Council, and, in my view, the Supreme Court did not consider that s. 14 could be saved on the basis of being part of a scheme of regulation.

I think that in the present case this is *a fortiori* so when s. 7 has not only been focussed on interprovincial or external trade but has not been brought under a regulatory authority in association with the scheme of public control operating upon trade marks. To refer to trade mark regulation as a scheme for preventing unfair competition and to seek by such labelling to bring s. 7 within the area of federal competence is to substitute nomenclature for analysis.

I come to consider, finally, whether s. 7, including s. 7(e), can be supported as federal legislation in implementation of an obligation assumed by Canada under an international treaty or convention. There are two important issues that arise in this connection. First, assuming that I have cor-

³⁹ [1936] S.C.R. 379.

Lorsque la Cour suprême du Canada a entendu cette dernière affaire (Renvoi sur la *Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie, 1935*³⁹) elle n'a pas examiné seulement les art. 18 et 19 visant la marque C.S. (qu'elle a jugés *ultra vires*, décision infirmée par le Conseil privé), elle a aussi étudié l'art. 14 qui prescrivait que le gouvernement pouvait approuver des ententes conclues en vue de contrôler et de régler les prix, entre personnes engagées dans des industries particulières au sein desquelles aurait existé une concurrence ruineuse ou démoralisante. On a jugé cette disposition *ultra vires* parce qu'elle pouvait s'appliquer à des ententes qui pourraient avoir trait à un commerce absolument local. La Cour suprême du Canada a ajouté (à la p. 382):

S'il se limitait au commerce extérieur et au commerce interprovincial, ledit article pourrait bien ressortir à la rubrique n° 2 de l'art. 91; et si la loi portait, en substance, sur un commerce de ce genre, une loi accessoire relative au commerce local et nécessaire pour empêcher l'échec des dispositions régulières pourrait également être constitutionnelle; mais nous estimons que, dans son texte actuel, cet article est invalide.

Il n'y a pas eu d'appel au Conseil privé à l'égard de cette opinion et la Cour suprême, à mon avis, n'a pas jugé que l'art. 14 pouvait être maintenu comme partie d'un système de réglementation.

Je crois qu'en l'espèce, on en arrive *a fortiori* à la même conclusion puisque non seulement l'art. 7 ne vise pas essentiellement le commerce interprovincial ou extérieur mais de plus il n'est pas relié à un organisme de surveillance rattaché au système de contrôle public qui s'exerce sur les marques de commerce. Parler de réglementation relative aux marques de commerce comme d'un système pour prévenir la concurrence déloyale et vouloir de la sorte faire tomber l'art. 7 dans le domaine de la compétence fédérale équivaut à remplacer l'analyse par la nomenclature.

J'en arrive enfin à examiner si l'on peut dire de l'art. 7, y compris l'al. e), qu'il est de la compétence législative fédérale, parce qu'il vise à exécuter une obligation contractée par le Canada en vertu d'un traité ou d'une convention internationale. Il y a deux questions importantes soulevées à

³⁹ [1936] R.C.S. 379.

rectly concluded that s. 7, as it stands, is outside of federal legislative power, does the *Labour Conventions*⁴⁰ case, stand in the way of federal power to enact it in implementation of an international obligation arising out of an international treaty or convention? Second, if the answer to that is "no" and there is such power, was there a proper implementation of an international obligation in the enactment of s. 7?

The *Labour Conventions* case is too well-known to require either quotation or statement of its holding. In *Francis v. The Queen*⁴¹, at p. 621, the then Chief Justice of this Court, Kerwin C.J., speaking for himself and two other members, Taschereau and Fauteux J.J. (each of whom later became Chief Justice), said that it might be necessary in the future to consider (which I take to mean reconsider) the judgment in the *Labour Conventions* case. Lord Wright, who sat as a member of the Board in that case, said in a later *ex cathedra* comment (see (1955), 33 Can. Bar Rev. 1123, at pp. 1125 ff.) that the Judicial Committee has expressed a view of ss. 91 and 92 of the *British North America Act* in that case which he could not reconcile with the federal general power under the opening words of s. 91, nor with what had been said by the Privy Council in the *Aeronautics*⁴² case, and in the *Radio*⁴³ case.

In the latter case, Lord Dunedin, speaking for the Privy Council, said this (at p. 312):

... Canada as a Dominion is one of the signatories to the convention. In a question with foreign powers the persons who might infringe some of the stipulations in the convention would not be the Dominion of Canada as a whole but would be individual persons residing in Canada. These persons must so to speak be kept in order by legislation and the only legislation that can deal with them all at once is Dominion legislation. This idea of

cet égard. D'abord, prenant pour acquis que j'ai à juste titre conclu que l'art. 7, dans son texte actuel, ne relève pas de la compétence fédérale, est-ce que l'arrêt relatif aux *Conventions du travail*⁴⁰, empêche le pouvoir fédéral de décréter une loi pour exécuter une obligation internationale découlant d'un traité ou accord international? En second lieu, si la réponse à cette question est négative et le pouvoir fédéral n'est pas ainsi restreint, l'art. 7 est-il une disposition législative régulièrement décrétée pour exécuter une obligation internationale?

L'arrêt relatif aux Conventions du travail est trop bien connu pour qu'il soit nécessaire d'en citer ou d'en résumer les conclusions. Dans *Francis c. La Reine*⁴¹, à la p. 621, le juge Kerwin, alors juge en chef de cette Cour, parlant en son nom et au nom des juges Taschereau et Fauteux (chacun d'eux deviendra plus tard juge en chef), a déclaré qu'il pourrait être nécessaire dans l'avenir de considérer (ce qui, je crois, veut dire reconsidérer) l'arrêt rendu dans l'affaire des Conventions du travail. Lord Wright, qui siégeait au Conseil privé lorsque cette affaire a été entendue, a déclaré plus tard dans un commentaire *ex cathedra* (voir (1955), 33 Rev. du Bar. Can. 1123, aux pp. 1125 ss.) que l'opinion exprimée par le Comité judiciaire dans cette affaire, à l'égard des art. 91 et 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, ne pouvait se concilier avec la compétence générale du fédéral énoncée au début de l'art. 91, ni avec les opinions exprimées par le Conseil privé dans les arrêts sur l'*Aéronautique*⁴², et la *Radiocommunication*.⁴³

Dans ce dernier arrêt, Lord Dunedin parlant au non du Conseil privé, a dit (à la p. 312):

[TRADUCTION] ... Le Canada, en tant que Dominion, est l'un des signataires de la Convention. Dans un différend avec des puissances étrangères, les stipulations de la Convention pourront être violées par des personnes demeurant au Canada et non pas par le Dominion du Canada. Ces personnes doivent, si l'on peut dire, être disciplinées au moyen de lois, et, les seules lois qui peuvent s'appliquer en même temps à elles toutes sont

⁴⁰ [1937] A.C. 326.

⁴¹ [1956] S.C.R. 618.

⁴² [1932] A.C. 54.

⁴³ [1932] A.C. 304.

⁴⁰ [1937] A.C. 326.

⁴¹ [1956] R.C.S. 618.

⁴² [1932] A.C. 54.

⁴³ [1932] A.C. 304.

Canada as a Dominion being bound by a convention equivalent to a treaty with foreign powers was quite unthought of in 1867. It is the outcome of the gradual development of the position of Canada vis-à-vis to the mother country Great Britain, which is found in these later days expressed in the Statute of Westminster. It is not, therefore, to be expected that such a matter should be dealt with in explicit words in either s. 91 or s. 92. The only class of treaty which would bind Canada was thought of as a treaty by Great Britain, and that was provided for by s. 132. Being, therefore, not mentioned explicitly in either s. 91 or s. 92, such legislation falls within the general words at the opening of s. 91 which assign to the Government of the Dominion the 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 by this Act assigned exclusively to the legislatures of the Provinces." In fine, though agreeing that the Convention was not such a treaty as is defined in s. 132, their Lordships think that it comes to the same thing. . . .

In another *ex cathedra* statement, a former member of this Court, the late Mr. Justice Rand, also expressed the view that the residual power of the Parliament of Canada comprehended plenary authority to legislate to implement international obligations assumed by Canada, regardless of whether the subject matter fell otherwise within or outside of federal competence: see RAND, "Some Aspects of Canadian Constitutionalism" (1960), 38 Can. Bar Rev. 135, at p. 142.

Although the foregoing references would support a reconsideration of the *Labour Conventions* case, I find it unnecessary to do that here because, assuming that it was open to Parliament to pass legislation in implementation of an international obligation by Canada under a treaty or Convention (being legislation which it would be otherwise beyond its competence), I am of the opinion that it cannot be said that s. 7 was enacted on that basis.

The obligation is said to have arisen under the International Convention for the Protection of Industrial Property (the Union Convention of Paris) of March 20, 1883, as revised at Brussels, December 14, 1900, at Washington, June 2, 1911, at the Hague, November 6, 1925 and at London,

les lois du Dominion. On était loin de penser en 1867 que le Canada, en tant que Dominion, pourrait être lié par une convention équivalant à un traité conclu avec des puissances étrangères. C'est la conséquence du développement graduel de la position du Canada vis-à-vis de sa mère patrie, la Grande-Bretagne, que l'on trouve consignée de nos jours dans le Statut de Westminster. On ne peut donc pas s'attendre à voir cette question visée en termes explicites, pas plus dans l'art. 91 que dans l'art. 92. Le seul genre de traité susceptible de lier le Canada était, pensait-on alors, un traité signé par la Grande-Bretagne et l'art. 132 y pourvoyait. N'étant mentionné de façon explicite ni dans l'art. 91 ni dans l'art. 92, un tel objet de législation tombe sous le coup des termes généraux du début de l'art. 91, qui assignent au gouvernement fédéral 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». Somme toute, tout en admettant que la Convention n'est pas un traité au sens de l'art. 132, leurs Seigneuries croient que cela revient au même. . . .

Dans une autre déclaration *ex cathedra*, un juge retraité de cette Cour, feu le juge Rand, a aussi exprimé l'opinion que le pouvoir résiduaire du Parlement du Canada lui conférait pleine autorité de légiférer pour exécuter les obligations internationales contractées par le Canada, même quand l'objet de l'accord international ne relève pas de la compétence fédérale: voir RAND, «Some Aspects of Canadian Constitutionalism» (1960), 38 Rev. du Bar. Can. 135, à la p. 142.

Même si ce que je viens de mentionner pouvait justifier un nouvel examen de l'affaire des Conventions du travail, je ne le trouve pas nécessaire en l'espèce, car en supposant que le Parlement pouvait légiférer pour exécuter une obligation internationale contractée par le Canada en vertu d'un accord ou d'un traité (dans un domaine qui autrement ne relèverait pas de sa compétence), je suis d'avis qu'on ne peut pas dire que l'art. 7 a été ainsi édicté.

On prétend que l'obligation a pris naissance en vertu de la Convention internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle (la Convention d'Union de Paris) intervenue le 20 mars 1883 modifiée subséquemment à Bruxelles, le 14 décembre 1900, à Washington, le 2 juin 1911, à La

June 2, 1934. Canada's instrument of accession to the latest of the above-mentioned revisions (there was a later one, that of Stockholm, July 14, 1967 to which Canada acceded but it has no bearing on this case) was deposited on June 26, 1951 and the revised Convention came into force on July 30, 1951. The *Trade Marks Act*, of which s. 7 is part, was enacted in 1953 by 1952-53 (Can.), c. 49, with effect from July 1, 1954.

Article 1, s. 2 of the Convention as revised provides as follows:

The protection of industrial property is concerned with patents, utility models, industrial designs or models, trade marks, trade names and indications of source or appellations of origin, and the repression of unfair competition.

Article 10*bis* is the only article that deals with protection against unfair competition. It reads as follows:

1. The countries of the Union are bound to assure to nationals of such countries effective protection against unfair competition.

2. Any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters constitutes an act of unfair competition.

3. The following in particular shall be prohibited:

(1) all acts of such a nature as to create confusion by any means whatever with the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;

(2) false allegations in the course of trade of such a nature as to discredit the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;

(3) indications or allegations the use of which in the course of trade is liable to mislead the public as to the nature, the manufacturing process, the characteristics, the suitability for their purpose, or the quantity of the goods.

It is couched in terms of obligation and its provisions bear a similarity to s. 7(e) and as well to s. 7(a) and (b). There are no parallels, except by an overextension of language, with s. 7(d) and none with s. 7(c).

Haye, le 6 novembre 1925 et à Londres, le 2 juin 1934. Il y en a eu une autre par la suite, à Stockholm, le 14 juillet 1967, le Canada l'a agréée mais elle est ici sans intérêt. L'instrument de ratification par le Canada des autres modifications ci-dessus mentionnées a été déposé le 26 juin 1951 et la Convention modifiée est entrée en vigueur le 30 juillet 1951. La *Loi sur les marques de commerce*, dont fait partie l'art. 7, a été adoptée en 1953 par 1952-53 (Can.), c. 49, et est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1954.

Le paragraphe 2 de l'art. 1 de la Convention modifiée se lit comme suit:

La protection de la propriété industrielle a pour objet d'invention, les modèles d'utilité, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou le commerce, les marques de service, le nom commercial et les indications de provenance ou appellations d'origine, ainsi que la répression de la concurrence déloyale.

L'article 10*bis* est le seul qui traite de la protection contre la concurrence déloyale. Il se lit comme suit:

1. Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale.

2. Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.

3. Notamment devront être interdits:

(1) Tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent.

(2) Les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent.

(3) Les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la qualité des marchandises.

Ce texte est rédigé en termes d'obligations. Ces dispositions ont une certaine ressemblance avec l'al. e) de l'art. 7 de même qu'avec les al. a) et b). Rien ne correspond à l'al. c) et ce n'est que par extension exagérée qu'on peut établir une parallèle avec l'al. d).

There is nothing in the *Trade Marks Act* of 1953 to indicate that it was passed in implementation of the aforementioned Convention except that there is a reference to the Convention in the interpretation section and there is a definition of "country of origin" and "country of the Union", which bring in the Convention. These references are for a very narrow purpose of trade mark regulation, as is evident from ss. 5, 29 and 33 of the *Trade Marks Act*. They do not, in themselves, support the conclusion that the Act was passed in implementation of the Convention, and certainly not that s. 7 was so enacted.

In my opinion, assuming Parliament has power to pass legislation implementing a treaty or convention in relation to matters covered by the treaty or convention which would otherwise be for provincial legislation alone, the exercise of that power must be manifested in the implementing legislation and not be left to inference. The Courts should be able to say, on the basis of the expression of the legislation, that it is implementing legislation. Of course, even so, a question may arise whether the legislation does or does not go beyond the obligations of the treaty or convention.

Express reference existed in the various pieces of legislation which were the subject of the decision of this Court and of the Privy Council in the *Labour Conventions* case, *supra*. When that legislation was referred to this Court, being entitled, in brief, *References re The Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, The Minimum Wages Act and The Limitation of Hours of Work Act*⁴⁴, the Order in Council under which the references were made recited what was the fact, namely, that the three Acts "were respectively passed, as appears from the recitals set out in the preambles of the said Acts, for the purpose of enacting the necessary legislation to enable Canada to discharge certain obligations declared to have been assumed by Canada . . .". In an earlier reference to this Court, *Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*⁴⁵, which concerned a draft con-

Il n'y a rien dans la *Loi des marques de commerce* de 1953 qui indique qu'elle a été adoptée pour mettre en vigueur la Convention ci-dessus mentionnée sauf que dans l'article d'interprétation il y a renvoi à la Convention et définition de «pays d'origine» et de «pays de l'Union», celle-ci se rattachant à la Convention. Ces renvois visent uniquement la réglementation des marques de commerce, comme il appert des art. 5, 29 et 33 de la *Loi sur les marques de commerce*. Par eux-mêmes, ils n'étaient pas la conclusion que la loi a été adoptée pour mettre en vigueur la Convention et certainement pas que l'art. 7 a été adopté à cette fin.

A mon avis, en supposant que le Parlement a le pouvoir de légiférer pour mettre en vigueur un traité ou une convention à l'égard de matières qui en font l'objet mais autrement relèveraient de la compétence législative provinciale seulement, il faut que cela ressorte clairement du texte de la loi visant la mise en vigueur et ne soit pas objet de déduction. Les tribunaux doivent être capables de décider, d'après le texte, qu'il s'agit d'une loi de mise en vigueur. Évidemment, même dans ce cas, on pourra toujours soulever la question de savoir si la loi dépasse ou ne dépasse pas les obligations naissant du traité ou de la convention.

Dans les diverses lois qui ont fait l'objet de la décision de cette Cour et de celle du Conseil privé dans l'affaire des *Conventions du travail, supra*, on renvoyait expressément à la convention. Lorsque ces lois ont été soumises à l'appréciation de cette Cour, sous le titre abrégé, *Renvoi relatif à la Loi sur le repos hebdomadaire dans les établissements industriels, la Loi sur les salaires minima et la Loi sur la limitation des heures de travail*⁴⁴, le décret de renvoi énonçait le fait à savoir que les trois lois [TRADUCTION] «avaient respectivement passées, comme il appert des exposés dans leurs préambules, aux fins d'édicter la législation nécessaire pour permettre au Canada de remplir les obligations qu'il déclare avoir assumées . . .». Dans un renvoi antérieur à cette Cour, *In Re La compétence législative quant aux heures de travail*⁴⁵, lequel visait un projet de convention sur la limita-

⁴⁴ [1936] S.C.R. 461.

⁴⁵ [1925] S.C.R. 505.

⁴⁴ [1936] R.C.S. 461.

⁴⁵ [1925] R.C.S. 505.

vention on limitation of hours of work in industrial undertakings, adopted by the International Labour Conference of the League of Nations, the Order in Council directing the reference recited the opinion of the Minister of Justice that there was no enacting obligation upon the Parliament of Canada but only an obligation to bring any draft convention "before the authority or authorities within whose competence the matter lies for the enactment of legislation or other action". The opinion of the Court on this Reference proceeded on this footing.

In the absence of an express declaration in the *Trade Marks Act* that the Act as a whole, including s. 7, or s. 7 itself was enacted in implementation of the obligations of the Convention, above referred to, I would not hold that there has been a valid exercise in this case of the federal treaty or convention implementing power, assuming such a power exists in the present case.

The position which I reach in this case is this. Neither s. 7 as a whole, nor section 7(e), if either stood alone and in association only with s. 53, would be valid federal legislation in relation to the regulation of trade and commerce or in relation to any other head of federal legislative authority. There would, in such a situation, be a clear invasion of provincial legislative power. Section 7 is, however, nourished for federal legislative purposes in so far as it may be said to round out regulatory schemes prescribed by Parliament in the exercise of its legislative power in relation to patents, copyrights, trade marks and trade names. The subparagraphs of s. 7, if limited in this way, would be sustainable, and, certainly, if s. 7(e) whose validity is alone in question here, could be so limited, I would be prepared to uphold it to that extent. I am of opinion, however (and here I draw upon the exposition of s. 7(e) in the *Eldon Industries* case), that there is no subject matter left for s. 7(e) in relation to patents, copyright, trade marks and trade names when once these heads of legislative power are given an effect under the preceding subparagraphs of s. 7. In any event, in the present case the facts do not bring into issue any question of patent, copyright or trade mark infringement or

tion des heures de travail dans les entreprises industrielles, adopté par la Conférence internationale du travail de la Société des nations, le Gouverneur général en Conseil en déférant l'affaire a énoncé l'avis du ministre de la Justice que le Parlement du Canada n'était pas obligé de légiférer mais qu'on se devait seulement de soumettre tout projet de convention [TRADUCTION] «à l'autorité ou aux autorités compétentes en la matière en vue de l'adoption d'une loi ou de toute autre mesure». La Cour a exprimé son avis sur ce renvoi à partir de cet exposé.

En l'absence d'une déclaration expresse dans la *Loi sur les marques de commerce* que dans son ensemble, l'art. 7 inclus, ou que l'art. 7 lui-même, a été édicté pour exécuter les obligations de la convention mentionnée ci-dessus, je ne considère pas qu'il y ait, en l'espèce, exercice de la compétence fédérale relative à la mise en œuvre d'un traité ou d'une convention, en supposant que cette compétence existe.

En l'espèce, j'en viens à la conclusion suivante. Ni l'art. 7 dans son ensemble, ni l'al. e) considéré seul ou en relation avec l'art. 53, n'est une loi fédérale valide relative à la réglementation des échanges et du commerce ou une autre rubrique de compétence fédérale. Il y a empiètement sur la compétence législative provinciale dans la situation comme elle se présente. Toutefois l'art. 7 comprend des dispositions visant les fins de la loi fédérale dans la mesure où l'on peut les considérer comme un complément des systèmes de réglementation établis par le Parlement dans l'exercice de sa compétence à l'égard des brevets, du droit d'auteur, des marques de commerce et des noms commerciaux. Si les alinéas de l'art. 7 se limitaient à cela, ils seraient valides et, si l'al. e) qui est le seul dont la constitutionnalité soit contestée en l'espèce, pouvait être ainsi restreint, je serais certainement prêt, à maintenir dans cette mesure sa validité. Je suis toutefois d'avis (et ici je m'inspire de l'étude de l'al. e) dans l'affaire *Eldon Industries*), que l'al. e) n'a plus d'objet à l'égard des brevets, du droit d'auteur, des marques de commerce et des noms commerciaux après que ces rubriques du pouvoir législatif ont été appliquées aux alinéas précédents. De toute façon, en l'espèce, les faits ne soulèvent

any tortious dealing with such matters or with trade names. There is here merely an alleged breach of contract by a former employee, a breach of confidence and a misappropriation of confidential information. It is outside of federal competence to make this the subject of a statutory cause of action.

In the result, I would allow the appeal, in respect of those clauses of the interlocutory injunction which are in dispute here and direct that those clauses be expunged and that the judgment of the Federal Court be varied accordingly. The appellants are entitled to their costs in the Federal Court of Appeal and in this Court. There will be no costs to or against the intervenants. This direction is, of course, without prejudice to any action that the respondent may wish or be able to take in a provincial Court.

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

DE GRANDPRÉ J.—The constitutional question raised by this appeal arises in a narrow factual context. In the words of Jackett C.J., in the Court of Appeal (at pp. 1158-9):

The respondent has been in the heating equipment business for several years and the appellant MacDonald worked for the respondent and a predecessor company for almost 10 years ending up as a vice-president of the respondent. When he entered into the employ of the predecessor company, MacDonald signed an agreement, the preamble of which reads in part as follows:

... realizing that, by virtue of my said employment, I will be in a position to acquire, by observation and communication, vital and confidential information regarding the constructions and principles embodied in—and the problems dealt with in the production of—the devices and structures made, sold, developed or used by this company in connection with its business during the term of my employment;

and para. 5 of which reads:

aucune question de contre-façon de brevet ou d'usurpation de droit d'auteur ou de marque de commerce ni aucun délit relié à ces matières ou à un nom commercial. Il n'y a rien d'autre que l'allégation d'une violation de contrat par un employé, un abus de confiance et d'une appropriation frauduleuse de renseignements confidentiels. Une législation ayant pour objet un droit d'action statutaire à cet égard n'est pas de compétence fédérale.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, à l'égard des clauses de l'injonction interlocutoire qui sont en litige en l'espèce, d'ordonner que ces clauses soient supprimées et que le jugement de la Cour fédérale soit modifié en conséquence. Les appelants ont droit à leurs dépens en Cour d'appel fédérale et en cette Cour. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens en faveur des intervenants ou contre eux. Ceci, évidemment, sans préjudice à toute action que l'intimée voudra ou pourra intenter devant un tribunal provincial.

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

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Les faits qui donnent naissance à la question constitutionnelle soulevée en ce pourvoi, sont très circonscrits. Le juge en chef Jackett, de la Cour d'appel, décrit le contexte comme suit (aux pp. 1158-9):

L'intimée fait depuis plusieurs années le commerce de matériel de chauffage; l'appelant MacDonald a été au service de l'intimée et d'une compagnie remplacée par cette dernière pendant presque 10 ans et il est arrivé jusqu'au poste de vice-président. Lorsqu'il est entré au service de la compagnie remplacé par l'intimée, MacDonald a souscrit un engagement dont le préambule est rédigé en partie de la façon suivante:

[TRADUCTION] ... me rendant compte que, grâce à mon dit emploi, je serai en mesure d'acquérir, par mes observations et par des communications qui me seront faites, des renseignements confidentiels et d'importance capitale relatifs aux méthodes de construction et aux principes utilisés dans les appareils et dispositifs fabriqués, vendus, mis au point ou utilisés par la présente compagnie (et aux difficultés que provoque leur production) dans le cours de ses affaires, durant toute la période où je serai au service de la compagnie;

La clause cinq dudit engagement est libellée de la façon suivante:

I will not divulge to any unauthorized person any information or knowledge acquired by reason of my employment by the company.

While still in the respondent's employ, MacDonald caused the appellant Railquip Enterprises Ltd. to be incorporated and he has controlled Railquip at all relevant times.

During the last part of his period of employment with the respondent, MacDonald participated in the preparation of a bid made by the respondent to supply 500 boxcar heater assemblies to the Canadian National Railway Company. MacDonald ceased to work for the respondent on April 15, 1971, and on May 1, 1971, he submitted a tender, presumably in Railquip's name, to supply boxcar heaters to Canadian National, and as a result of that tender, Railquip obtained an order for 150 heater assemblies. In preparing the tender in question MacDonald made use of knowledge, which he acquired as an employee of the respondent, of the figures on which the respondent's tender was based. To prepare those figures had taken considerable work on the part of the respondent's employees. In connection with this bid by the corporation that he controlled, MacDonald also made use of and disclosed other confidential information acquired during the course of his employment with the respondent. In addition, he took from the respondent's possession a number of documents belonging to the respondent that bore on the matter.

By its action, respondent seeks relief by way of injunction, damages and other conclusions of an accessory nature. Upon filing its statement of claim, respondent gave notice of a motion for an interlocutory injunction. This remedy was essentially granted by Walsh J. in words to be found at p. 243 of 6 C.P.R. (2d) 204. In appeal, this judgment was amended so that the substance of the Order at this time restrains appellant from

- 1) using any invention belonging to respondent and covered by two patents;
- 2) using confidential information acquired by reason of MacDonald's employment;
- 3) using any document therein acquired;

[TRADUCTION] Je ne divulguerai à aucune personne non autorisée quelque renseignement obtenu ou quelque connaissance acquise du fait de mon emploi par la compagnie.

Alors qu'il était encore employé par l'intimée, MacDonald s'est occupé de la constitution en corporation de l'appelante, la Railquip Enterprises Ltd., dont il a toujours été l'actionnaire majoritaire.

Au cours des derniers mois où il a été employé par l'intimée, MacDonald a participé à la préparation d'une soumission présentée par cette dernière pour la fourniture de 500 installations de chauffage de wagons de chemin de fer au Canadien National. MacDonald a quitté son emploi chez l'intimée le 15 avril 1971 et, le 1^{er} mai 1971, il a présenté une soumission, probablement au nom de la Railquip, pour la fourniture d'installations de chauffage de wagons de chemin de fer au Canadien National. Suite à cette soumission, la Railquip a obtenu une commande de 150 installations de chauffage. Pour préparer ladite soumission, MacDonald s'est servi des connaissances qu'il avait acquises, à titre d'employé de l'intimée, et des chiffres sur lesquels se fondait la soumission de l'intimée. La détermination de ces montants avait exigé un travail considérable de la part des employés de l'intimée. Pour permettre à la compagnie dont il était l'actionnaire majoritaire de préparer cette soumission, MacDonald a aussi employé et dévoilé d'autres renseignements confidentiels acquis pendant qu'il était employé par l'intimée. En outre, il s'est emparé d'un certain nombre de documents relatifs à cette affaire que l'intimée avait en sa possession et qui lui appartenaient.

Dans son action, l'intimée demande un redressement par voie d'injonction, des dommages-intérêts ainsi que d'autres conclusions auxiliaires. En produisant sa déclaration, l'intimée a donné avis d'une requête pour injonction interlocutoire. Celle-ci a été accordée en substance par le juge Walsh dans les termes que l'on trouve à la p. 243 de 6 C.P.R. (2d) 204. Le jugement de première instance a été modifié en appel de sorte qu'en résumé l'ordonnance actuelle interdit aux appelants de

- 1) utiliser toute invention appartenant à l'intimée et couverte par deux brevets;
- 2) utiliser tout renseignement confidentiel acquis par le fait que MacDonald était au service de l'intimée;
- 3) utiliser tout document acquis à cette occasion;

4) effecting delivery of, or accepting orders for, equipment infringing respondent's patents;

5) keeping in their possession any document belonging to respondent.

Notwithstanding the reference in paras. 1 and 4 above to respondent's patents, the judgments below have not pronounced the interlocutory injunction for the reason that respondent had made out a *prima facie* case of violation by appellant of its patent rights. The following extract from p. 224 of the trial judgment makes it abundantly clear:

It appears therefore that defendants have a serious contestation to make on the question of patent infringement and that I should not issue an interlocutory injunction at this stage of the proceedings, on the basis of this alleged infringement alone.

In the absence of specific allegations of copyright infringement in the original statement of claim and affidavits supporting same, plaintiff's case at this stage of the proceedings must therefore depend on the application of s. 7 of the *Trade Marks Act*, . . .

It is in that light that must be read the Order of the former Chief Justice defining the constitutional question. The sole issue is to determine on the facts of this case whether absent an infringement of a patent, of a trade mark, of a copyright, of a trade name, and given the bare allegation of misappropriation of confidential information by a former employee, s. 7(e) is *ultra vires* of the Parliament of Canada.

Having had the advantage of reading the reasons prepared for delivery by the Chief Justice, I would dispose of this appeal as he proposes. I do not see how the criminal law power can be invoked here in support of the validity of s. 7(e) standing alone. As to the trade and commerce power, I share the view that the facts of this case do not permit its application, the contract between the individual appellant and respondent being of a private nature and involving essentially private rights.

4) livrer du matériel constituant une contrefaçon des brevets de l'intimée ou accepter des commandes pour ce matériel;

5) garder en leur possession tout document appartenant à l'intimée.

Malgré le renvoi aux brevets de l'intimée dans les al. 1 et 4 ci-dessus, les cours d'instance inférieure n'ont pas accordé l'injonction interlocutoire parce que l'intimée avait établi que la contrefaçon de ses brevets d'invention par les appelants paraissait fondée. Le passage suivant de la p. 224 du jugement de première instance l'indique clairement:

Il semble donc que les défendeurs peuvent contester sérieusement les allégations de la demanderesse sur la question de la contrefaçon de brevets et que je ne dois pas accorder une injonction interlocutoire en l'état actuel de la procédure en me fondant uniquement sur la contrefaçon qu'allègue la demanderesse.

En l'absence d'allégations précises de contrefaçon de droits d'auteur dans la première déclaration et dans les affidavits présentés à l'appui de celle-ci, le sort de la demande dépend donc, en l'état actuel de la procédure, de l'application de l'art. 7 de la *Loi sur les marques de commerce*, . . .

C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter l'ordre de l'ex-juge en chef qui a défini la question constitutionnelle. La seule question en litige est de décider, selon les faits en l'espèce, si, en l'absence de contrefaçon d'un brevet, d'une marque de commerce, d'un droit d'auteur, ou d'un nom commercial, et étant donné la simple allégation d'appropriation frauduleuse de renseignements confidentiels par un ex-employé, l'al. e) de l'art. 7 est *ultra vires* du Parlement du Canada.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par le Juge en chef et je suis d'avis de décider ce pourvoi de la façon qu'il propose. Je ne vois pas comment la compétence en matière de droit criminel peut être invoquée ici à l'appui de la validité de l'al. e) de l'art. 7 considéré isolément. Quant à la compétence relative au trafic et au commerce, je souscris à l'opinion que les faits en l'espèce ne permettent pas de l'appliquer, puisque le contrat entre l'appellant et l'intimée est de nature privée et concerne essentiellement des droits privés.

Respondent's other submission, that s. 7(e) is legislation enacted by Parliament under the Treaty making power of Canada, at first attracted me. Upon further examination, it seems however that this argument cannot be accepted for the simple reason that the Treaty to which it refers does not deal with unfair competition in a vacuum but only in a context which is not created by the facts of this case. The Union Convention of Paris for the Protection of Industrial Property of March 20, 1883 was revised on various occasions and finally at London, on June 2, 1934. It is to that London Revision that Canada adhered by Instrument of Accession deposited on June 26, 1951. The purpose of that Convention is to be found in art. 1:

1. The countries to which the present Convention applies constitute themselves into a Union for the protection of industrial property.
2. The protection of industrial property is concerned with patents, utility models, industrial designs or models, trade marks, trade names and indications of source or appellations of origin, and the repression of unfair competition.

Articles 4 to 10 thereof deal at length with patents, trade marks, etc. Article 10*bis* is the only one dealing with unfair competition:

1. The countries of the Union are bound to assure to persons entitled to the benefits of the Union an effective protection against unfair competition.
2. Every act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters constitutes an act of unfair competition.
3. The following acts among others shall be prohibited:
 - (1) All manner of acts of such a nature as to create confusion by any means whatsoever with the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities of a competitor;
 - (2) False allegations, in the course of trade, of such a nature as to discredit the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities of a competitor.

Sweeping as this text might appear, it does not in my view afford any support to s. 7(e) when there has been a finding as here that respondent's industrial property (other than unfair competition)

L'autre prétention de l'intimée à savoir que l'al. e) de l'art. 7 est une mesure législative adoptée par le Parlement en vertu de la compétence du Canada de signer des traités, a retenu, à première vue, mon attention. Toutefois en l'examinant de plus près, il semble qu'on ne peut admettre cet argument pour la simple raison que le traité qu'il mentionne ne traite pas de la concurrence déloyale considérée isolément mais uniquement dans un contexte qu'on ne trouve pas ici. La Convention d'Union de Paris pour la Protection de la Propriété Industrielle intervenue le 20 mars 1883 a été modifiée à différentes reprises et finalement à Londres, le 2 juin 1934. C'est à la version telle que modifiée à Londres que le Canada a adhéré en déposant le 26 juin 1951 un instrument de ratification. L'article 1 de cette Convention en expose le but:

1. Les pays auxquels s'applique la présente convention sont constitués à l'état d'Union pour la protection de la propriété industrielle.
2. La protection de la propriété industrielle a pour objet les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service, le nom commercial et les indications de provenance ou appellations d'origine, ainsi que la répression de la concurrence déloyale.

Les articles 4 à 10 traitent longuement des brevets, des marques de commerce, etc. L'article 10*bis* est le seul qui parle de concurrence déloyale:

1. Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale.
2. Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.
3. Notamment devront être interdits:
 - (1) Tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent.
 - (2) Les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent.

Malgré la portée générale que semble avoir le texte, il ne fournit à mon avis aucun fondement à l'al. e) de l'art. 7 lorsqu'il y a conclusion, comme en l'espèce, qu'il n'y a pas violation de la propriété

as such has not been invaded. Article 10*bis* must be read in the context of the other articles of the Convention, none of which deals with the contractual relationship between employer and employee.

I would allow the appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Ogilvy, Cope, Porteous, Hansard, Marler, Montgomery & Renault, Montreal.

Solicitors for the respondent: Gowling & Henderson, Ottawa.

Solicitor for the Attorney General of Canada: George W. Ainsley, Ottawa.

Solicitors for the Attorney General of Quebec: Geoffrion & Prud'homme, Montreal.

Solicitor for the Attorney General of Ontario: J. D. Hilton, Toronto.

industrielle comme telle de l'intimée (autrement que par concurrence déloyale). L'article 10*bis* doit s'interpréter dans le contexte des autres articles de la Convention dont aucun ne traite des relations contractuelles entre employeur et employé.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Ogilvy, Cope, Porteous, Hansard, Marler, Montgomery & Renault, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Gowling & Henderson, Ottawa.

Procureur du procureur général du Canada: George W. Ainsley, Ottawa.

Procureurs du procureur général du Québec: Geoffrion & Prud'homme, Montréal.

Procureur du procureur général de l'Ontario: J. D. Hilton, Toronto.

Armand Vadeboncoeur *Appellant*;

and

Annette Landry *Respondent*;

and

Attorney General of Canada, Attorney General of the Province of Quebec and Attorney General of the Province of Ontario *Intervenors*.

1975: April 28; 1976: January 30.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Divorce — Orders granting corollary relief — Silence of decrees nisi and absolute — Interim order — Petition brought two months after the decree absolute — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11, Civil Code, arts. 212, 213.

While the parties were involved in divorce proceedings, respondent obtained, on April 7, 1971, an interim order for payment to her by her husband, appellant, of alimony in the amount of \$60 a week. However, neither the decree *nisi* of divorce dated May 21, 1971 nor the decree absolute dated August 26, 1971 referred to alimony. Since appellant ceased paying this alimony in accordance with the interim order on September 6, 1971, respondent brought a petition for alimony in the Superior Court on October 26, 1971. Her allegation was that her counsel and counsel for her ex-spouse had agreed that the terms of the decree with respect to interim relief would be reproduced in the decree *nisi*. The judge of the Superior Court held that, independently of the alleged agreement, s. 11 of the *Divorce Act* enabled him to allow the motion and he granted respondent alimony of \$60 per week. The Court of Appeal unanimously upheld this decision: Two of the judges relied on both s. 11 of the *Divorce Act* and art. 212 C.C., but the Chief Justice relied exclusively on the latter. Appellant obtained special leave from this Court to appeal from this decision of the Court of Appeal and to contest the constitutionality of arts. 212 and 213 of the *Civil Code*.

Held: The appeal should be dismissed.

It must first be decided whether the Superior Court could, in the circumstances, pursuant to s. 11 of the *Divorce Act*, grant alimony to respondent, after the decrees *nisi* and absolute of divorce, in the light of their

Armand Vadeboncoeur *Appellant*;

et

Annette Landry *Intimée*;

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de la province de Québec et le procureur général de la province d'Ontario *Intervenants*.

1975: le 28 avril; 1976: le 30 janvier.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Divorce — Ordonnance prévoyant des mesures accessoires — Silence des jugements conditionnel et irrévocable — Ordonnance provisoire — Requête présentée deux mois après le jugement irrévocable — Loi sur le divorce S.R.C. 1970, c. D-8, art. 11, Code civil, art. 212, 213.

Les parties étant en instance de divorce, l'intimée a obtenu, le 7 avril 1971, une ordonnance provisoire condamnant son mari, l'appellant, à lui payer une pension alimentaire de \$60 par semaine. Toutefois, ni le jugement conditionnel de divorce en date du 21 mai 1971 ni le jugement irrévocable en date du 26 août 1971 ne fait mention de pension alimentaire. L'appellant ayant cessé, le 6 septembre 1971, de payer la pension conformément à l'ordonnance provisoire, l'intimée a saisi, le 26 octobre 1971, la Cour supérieure d'une requête pour pension alimentaire. Elle y allègue que son procureur et celui de son ex-conjoint ont convenu que les termes du jugement sur les mesures provisoires seraient reproduits dans le jugement conditionnel. Le juge de la Cour supérieure a décidé que, indépendamment de l'entente alléguée, l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* lui permettait d'accueillir la requête et il a accordé à l'intimée une pension de \$60 par semaine. La Cour d'appel, unanimement, a confirmé cette décision: deux des juges s'appuient à la fois sur l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* et sur l'art. 212 C.c. mais le Juge en chef s'appuie exclusivement sur ce dernier article. L'appellant a obtenu la permission spéciale de cette Cour d'en appeler de cet arrêt de la Cour d'appel et d'attaquer la constitutionnalité des art. 212 et 213 du *Code civil*.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Il faut d'abord décider si la Cour supérieure pouvait, dans les circonstances, en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*, accorder une pension alimentaire à l'intimée, après les jugements conditionnel et irrévocable de

silence on this point. This Court has already dismissed the argument that an order based on s. 11 must of necessity be delivered at the same time as the decree *nisi*. The first words of s. 11(1), "Upon granting a decree *nisi* of divorce", do not mean that the Court can deal with corollary relief only at the time when a decree *nisi* is granted. In the case at bar, the petition is not based on needs arising after the dissolution of the marriage bond, nor was the wife's petition considered and denied for lack of merit when the decree *nisi* was granted, nor, finally, was the matter of her needs and support not raised during the proceedings. In fact, the question was raised and determined in favour of respondent, on an interim basis, before the decree *nisi*, and it was only by an oversight that it was not dealt with when the decree was granted. The purpose of the petition submitted by respondent within a reasonable lapse of time after the decree absolute was to remedy this omission and the Superior Court had jurisdiction to grant it, and this jurisdiction originates in s. 11.

However, the circumstances of this case do not enable the Court to deal with the appeal on a broader basis, as it was asked to do by the Attorney General of Canada, namely, to determine whether the Constitution empowers the Parliament of Canada to prescribe that the obligation to provide assistance indefinitely survives the dissolution of the marriage bond and that this is what was done in the *Divorce Act*. Since it has held that the jurisdiction of the Superior Court originates in s. 11 of the *Divorce Act*, the Court does not need to reply to the question as to the constitutionality of arts. 212 and 213 of the *Civil Code*. There are not sufficient reasons for this Court to give an opinion on a question that, in the final analysis, it is not necessary to resolve.

Jackson v. Jackson, [1973] S.C.R. 205; *Zacks v. Zacks*, [1973] S.C.R. 891; *Nash v. Nash*, [1975] 2 S.C.R. 507; *Lapointe v. Klint*, [1975] 2 S.C.R. 539; *Ouimet v. Ouellet* (1975), 7 N.R. 1, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal¹ affirming a judgment of the Superior Court granting a petition for alimony. Appeal dismissed.

Francine Massy-Roy and Normand Desy, for the appellant.

¹ [1973] C.A. 351.

divorce et vu leur silence sur ce sujet. Cette Cour a déjà rejeté la prétention selon laquelle une ordonnance fondée sur l'art. 11 doit nécessairement être rendue en même temps que le jugement conditionnel. Les premiers mots du par. (1) de l'art. 11 «En prononçant un jugement conditionnel de divorce» ne veulent pas dire que le tribunal ne peut statuer sur les mesures accessoires qu'au moment même où est prononcé le jugement conditionnel. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où la demande est fondée sur des besoins survenus après la dissolution du lien matrimonial, ni d'un cas où la demande de l'épouse aurait été considérée et rejetée parce que non fondée, lors du prononcé du jugement conditionnel, ni enfin d'un cas où la question de ses besoins et de son entretien n'aurait jamais été soulevée durant l'instance. Effectivement la question a été soulevée et tranchée en faveur de l'intimée, à titre provisoire, avant le jugement conditionnel et ce n'est que par inadvertance qu'elle n'a pas fait l'objet d'une adjudication lors du prononcé de ce jugement. La requête présentée par l'intimée, dans un délai raisonnable après le jugement irrévocable, avait pour but de combler cette lacune et la Cour supérieure avait juridiction pour l'accorder: cette juridiction prend sa source dans l'art. 11.

Les circonstances de cette cause ne permettent pas toutefois à la Cour de disposer du pourvoi sur une base beaucoup plus large, comme le demande le procureur général du Canada, savoir: la Constitution habilite-t-elle le Parlement du Canada à prescrire que l'obligation de secours survit indéfiniment à la dissolution du lien matrimonial, ce que le Parlement aurait fait dans la *Loi sur le divorce*. Ayant décidé que la Cour supérieure tirait sa compétence de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*, la Cour n'a pas non plus à répondre à la question relative à la constitutionnalité des art. 212 et 213 du *Code civil*. Il n'y a pas de raisons suffisantes pour que cette Cour donne son opinion sur une question qu'il ne s'avère pas finalement nécessaire de trancher.

Arrêts suivis: *Jackson c. Jackson*, [1973] R.C.S. 205; *Zacks c. Zacks*, [1973] R.C.S. 891; *Nash c. Nash*, [1975] 2 R.C.S. 507; *Lapointe c. Klint*, [1975] 2 R.C.S. 539; *Ouimet c. Ouellet* (1975), 7 N.R. 1.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel¹ qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure accordant une requête pour pension alimentaire. Pourvoi rejeté.

Francine Massy-Roy et Normand Desy, pour l'appelant.

¹ [1973] C.A. 351.

Pierre Fournier, for the respondent.

P. M. Ollivier, Q.C., for the Attorney General of Canada.

Robert Deblois and Roger Thibaudeau, Q.C., for the Attorney General of Quebec.

D. Mundell, Q.C., and *J. Polika*, for the Attorney General of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.—Appellant and respondent were husband and wife. Their marriage was dissolved upon petition by appellant, uncontested by respondent, by a decree *nisi* of divorce dated May 21, 1971 and by a decree absolute dated August 26, 1971. Neither of the two decrees referred to alimony in favour of respondent. The latter had obtained, on April 7, 1971, an interim order for payment to her by her husband of alimony in the amount of \$60 a week. Appellant paid this alimony throughout the proceedings and even after, up until September 6, 1971, when as justification for his refusal to continue payment, he relied on the silence of the divorce decrees with respect to plaintiff's right to alimony.

On October 26, 1971, respondent brought in the Superior Court a petition for alimony, which resulted in an appeal. The principal allegation of the petition was that counsel for both ex-spouses

[TRANSLATION] had agreed that when the petition for divorce was submitted for a decree *nisi* the terms of the above-mentioned decree of April 7, 1971 with respect to interim relief would be reproduced in the decree *nisi* with respect to corollary relief.

Counsel for the appellant moved that this petition be dismissed immediately, on the grounds that, even if the alleged facts were true, respondent had lost all her right.

Nevertheless, the Superior Court ordered that the hearing be held. Counsel for the parties during the divorce proceedings gave testimony at the hearing, but their testimony did not agree. Counsel for the respondent testified that the agreement

Pierre Fournier, pour l'intimée.

P. M. Ollivier, c.r., pour le procureur général du Canada.

Robert Deblois et Roger Thibaudeau, c.r., pour le procureur général du Québec.

D. Mundell, c.r., et *J. Polika*, pour le procureur de l'Ontario.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—L'appelant et l'intimée étaient mari et femme. Leur mariage a été dissous, à la demande de l'appelant, sans contestation de la part de l'intimée, par un jugement conditionnel de divorce en date du 21 mai 1971 et par un jugement irrévocable en date du 26 août 1971. Ni l'un ni l'autre de ces jugements ne fait mention d'une pension alimentaire en faveur de l'intimée. Celle-ci avait obtenu, le 7 avril 1971, une ordonnance provisoire condamnant son mari à lui payer une pension alimentaire de \$60 par semaine. L'appelant s'est acquitté de cette pension durant toute l'instance et même après, soit jusqu'au 6 septembre 1971. C'est alors qu'il invoque, pour justifier son refus de continuer ses paiements, le silence des jugements de divorce sur le droit de l'intimée à une pension.

Le 26 octobre 1971, l'intimée saisit la Cour supérieure de la procédure qui donne lieu au pourvoi, une requête pour pension alimentaire. Elle allègue principalement que les procureurs des ex-conjoints

avaient convenu que lorsque la requête en divorce serait présentée pour jugement conditionnel, les termes du jugement sur les mesures provisoires du 7 avril 1971 précité seraient reproduits dans le jugement conditionnel quant aux mesures accessoires.

Le procureur de l'appelant demande le rejet immédiat de cette requête pour le motif que, même si les faits allégués sont vrais, l'intimée a perdu tous ses droits.

La Cour supérieure ordonne néanmoins que l'on procède à l'enquête. Y témoignent les procureurs qui avaient occupé pour les parties durant les procédures en divorce. Leurs témoignages ne concordent pas. Le procureur de l'intimée atteste que

alleged by respondent had in fact been concluded. He had not been present at the hearing preceding the decree *nisi*, and he had not inquired into the record which made mention of the decree *nisi*. Respondent told him, after the decree was delivered, that she continued to receive alimony, and he assumed that everything was in order. He was not present when the petition for a decree absolute was submitted. It was only when he returned from vacation, in September 1971, that he took cognizance of this decree and was informed that appellant had discontinued payment. Counsel for the appellant admitted that there had been negotiations at the time, but claimed that no agreement was reached. In submitting the petition for a decree *nisi*, he did not draw the Court's attention to the fact that there had been an interim order granting alimony to respondent because, he said, this order was on record.

In the Superior Court, Desaulniers J., did not consider it necessary to rule on whether or not the agreement alleged by respondent had been concluded. He held, moreover, that respondent had by obtaining interim alimony during the divorce proceedings established her right to alimony, and that this right, in the absence of any evidence to the contrary, existed at the time the decree *nisi* was delivered and also at the time the decree *nisi* was declared absolute. He concluded that:

[TRANSLATION] If this right was not exercised, it was only because of an omission on the part of his counsel or of counsel for the respondent or the result of a misunderstanding between them.

He also noted that, according to the evidence, respondent did not waive this right in any way. He expressed the opinion that s. 11 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, allowed him to grant alimony in these circumstances and he granted respondent alimony of \$60 per week, which amount incidentally was not at issue.

The Court of Appeal of Quebec unanimously upheld the decision; Tremblay C.J., relied exclusively on art. 212 of the *Civil Code*; appellant would have contested the constitutionality of this provision but was prevented from so doing because the notice required by art. 95. *C.C.P.*, had not

l'entente alléguée par l'intimée a effectivement été conclue. Il n'était pas présent à l'audition qui a précédé le jugement conditionnel. Il n'a pas pris connaissance du procès-verbal mentionnant le jugement conditionnel. L'intimée lui a dit, une fois ce jugement rendu, qu'elle continuait de recevoir sa pension et il a présumé que tout était en règle. Il n'était pas présent lors de la présentation de la requête pour jugement irrévocable. Ce n'est qu'à son retour de vacances, en septembre 1971, qu'il a pris connaissance de ce jugement et qu'il a été informé que l'appelant cessait de payer. Le procureur de l'appelant à l'époque confirme qu'il y a eu des pourparlers mais nie qu'il y ait eu entente. En présentant la requête pour jugement conditionnel, il n'a pas attiré l'attention du président du tribunal sur le fait qu'il y avait eu une ordonnance provisoire accordant une pension à l'intimée parce que, dit-il, cette ordonnance se trouvait au dossier.

En Cour supérieure, M. le juge Desaulniers n'estime pas nécessaire de décider si l'entente alléguée par l'intimée avait bel et bien été conclue. Il tient par ailleurs que l'intimée avait, en obtenant une pension provisoire pendant l'instance en divorce, établi son droit à une pension alimentaire et que ce droit, en l'absence d'une preuve contraire, existait au moment où le jugement conditionnel a été rendu et aussi au moment où ce jugement conditionnel a été déclaré irrévocable. Il conclut que:

Si le droit n'a pas été exercé, ceci ne résulte que d'une omission de son procureur ou de celui de l'intimée ou encore d'un malentendu entre eux.

Il note en outre que, selon la preuve, l'intimée n'a d'aucune façon renoncé à ce droit. Il exprime l'avis que l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* S.R.C. 1970, c. D-8, lui permet d'accorder une pension alimentaire dans ces circonstances, et il accorde à l'intimée une pension de \$60 par semaine, dont le montant d'ailleurs n'était pas contesté.

La Cour d'appel du Québec confirme par un arrêt unanime; M. le juge en chef Tremblay s'appuie exclusivement sur l'art. 212 *C.c.*; l'appelant aurait voulu contester la constitutionnalité de cette disposition mais se trouvait empêché de le faire, l'avis requis par l'art. 95 *C.p.c.* n'ayant pas été

been given; Casey and Turgeon, J.J.A., relied on both art. 212 of the *Civil Code* and s. 11 of the *Divorce Act*.

Appellant obtained special leave from this Court to appeal from the decision of the Court of Appeal. Since he wished to contest the constitutionality of art. 212 of the *Civil Code*, the notice provided in s. 18 of the Rules of the Court was given. The constitutional question was defined as follows:

Are articles 212 and 213 of the Civil Code of the Province of Quebec as replaced by article 14 of chapter 74 of the Laws of the Province of Quebec ultra vires in whole or in part?

The Attorneys General of Canada, Quebec and Ontario obtained leave to intervene.

The appeal raises one issue, possibly two:

1. Could the Superior Court, in the circumstances, pursuant to s. 11 of the *Divorce Act*, grant alimony to respondent, after the decrees *nisi* and absolute of divorce, in the light of their total silence on this point?
2. If s. 11 of the *Divorce Act* did not confer such power on the Superior Court, did art. 212 of the *Civil Code* do so?

It will only be necessary to decide on the second question if the answer to the first is in the negative.

I shall therefore deal with the first question immediately. It would be useful to reproduce s. 11 of the *Divorce Act*:

11. (1) Upon granting a decree nisi of divorce, the court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them, make one or more of the following orders, namely:

(a) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the wife,
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the wife and the children of the marriage;

donné; M. le juge Casey et M. le juge Turgeon s'appuient à la fois sur l'art. 212 C.c. et sur l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*.

L'appelant a obtenu la permission spéciale de cette Cour d'en appeler de la décision de la Cour d'appel. Comme il désirait contester la constitutionnalité de l'art. 212 C.c., l'avis prévu à l'art. 18 des Règles de cette Cour a été donné. La question constitutionnelle est définie comme suit:

"Les Articles 212 et 213 du *Code Civil* de la Province de Québec, remplacées par l'Article 14 du Chapitre 74 des Lois du Québec de 1969 sont-ils ultra vires en tout ou en partie?"

Les procureurs généraux du Canada, du Québec et de l'Ontario ont obtenu l'autorisation d'intervenir.

Le pourvoi soulève une et peut-être deux questions:

1. La Cour supérieure pouvait-elle, dans les circonstances, en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*, accorder une pension alimentaire à l'intimée, après les jugements conditionnel et irrévocable de divorce et vu leur silence absolu sur ce sujet?
2. Si l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* ne confère pas ce pouvoir à la Cour supérieure, l'art. 212 C.c. le lui accorde-t-il?

Il n'est nécessaire de se prononcer sur la seconde question que si la réponse à la première est négative.

J'aborde donc sans plus la première question. Il importe de reproduire immédiatement le texte de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*:

11. (1) En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir:

a) une ordonnance enjoignant au mari d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

- (i) de l'épouse,
- (ii) des enfants du mariage ou
- (iii) de l'épouse et des enfants du mariage;

(b) an order requiring the wife to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the husband,
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the husband and the children of the marriage; and

(c) an order providing for the custody, care and upbringing of the children of the marriage.

(2) An order made pursuant to this section may be varied from time to time or rescinded by the court that made the order if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means or other circumstances of either of them. 1967-68, c. 24, s. 11.

The constitutionality of this section and of ss. 10 and 12 of the *Divorce Act* has now been established: the Court has decided that the power to enact these provisions is necessarily ancillary to the federal jurisdiction over divorce: *Jackson v. Jackson*²; *Zacks v. Zacks*³.

In the latter decision, the question of when alimony may be applied for and granted according to s. 11 of the *Divorce Act* was raised in this Court for the first time. The argument that an order based on s. 11(1) must of necessity be delivered at the same time as the decree *nisi* was dismissed; the words "Upon granting a decree *nisi* of divorce" refer to the time when the court acquires jurisdiction to grant corollary relief; in a passage which incidentally was cited in support of *Nash v. Nash*⁴, Martland J., who delivered the unanimous judgment of the Court, said the following on the meaning of the word "upon" as used in s. 11(1):

The meaning of the word, as used in s. 11(1) must be determined in the light of the fact that legislation by Parliament in relation to alimony, maintenance and the custody of children would only be within its powers if

b) une ordonnance enjoignant à l'épouse d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

- (i) du mari,
- (ii) des enfants du mariage, ou
- (iii) du mari et des enfants du mariage; et

c) une ordonnance pourvoyant à la garde, à l'administration et à l'éducation des enfants du mariage.

(2) Une ordonnance rendue en conformité du présent article peut être modifiée à l'occasion ou révoquée par le tribunal qui l'a rendue s'il l'estime juste et approprié compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent. 1967-68, c. 24, art. 11.

La constitutionnalité de cet article de même que celle des art. 10 et 12 de la *Loi sur le divorce* est maintenant établie: cette Cour a décidé que le pouvoir d'édicter ces dispositions est l'accessoire nécessaire de la compétence fédérale en matière de divorce: *Jackson c. Jackson*²; *Zacks c. Zacks*³.

C'est dans ce dernier arrêt que s'est soulevée pour la première fois devant cette Cour la question du moment où une pension alimentaire peut être demandée et accordée suivant l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*. On y rejette la prétention selon laquelle une ordonnance fondée sur le par. (1) de l'art. 11 doit nécessairement être rendue en même temps que le jugement conditionnel: les mots «En prononçant un jugement conditionnel de divorce» («*Upon granting a decree nisi of divorce*») ont trait au moment où le tribunal acquiert juridiction pour accorder des mesures accessoires; dans un passage d'ailleurs cité à l'appui de *Nash c. Nash*⁴, M. le juge Martland, qui rend le jugement unanime de la Cour, s'exprime de la façon suivante sur la signification du mot «*upon*» tel qu'employé au par. (1) de l'art. 11:

La signification du mot, tel qu'il est utilisé à l'art. 11, par. (1), doit être déterminée en se basant sur le fait que la législation du Parlement concernant la pension alimentaire, l'entretien et la garde des enfants ne peut être

² [1973] S.C.R. 205.

³ [1973] S.C.R. 891.

⁴ [1975] 2 S.C.R. 507.

² [1973] R.C.S. 205.

³ [1973] R.C.S. 891.

⁴ [1975] 2 R.C.S. 507.

associated with and as part of legislation in relation to the subject matter of divorce. It is my opinion that when it was provided that the Court could deal with those matters "upon granting a decree *nisi* of divorce", it was meant that it was only when a divorce was granted that the Court acquired the necessary jurisdiction to deal with those subjects.

The Court held first that a judge is acting within the limits of his jurisdiction when, on pronouncing a decree *nisi*, he makes an order pertaining only to the right to grant maintenance and, pursuant to the rules of that Court, refers the question of the amount to the registrar who will make a recommendation, and secondly that the divorce court has the power to set the appropriate amount of maintenance, upon receipt of the registrar's recommendation, even though in the meantime the decree absolute of divorce has been granted.

The question was again analysed by this Court in *Lapointe v. Klint*⁵. This case involved a petition for alimony submitted after the granting of the decrees *nisi* and absolute of divorce neither of which contained an express statement of the right to maintenance, yet did respectively contain the words "other rights reserved" and "THE COURT RESERVES all other rights". After appellant's petition for divorce had been served, respondent submitted a petition for alimony. However, after being twice adjourned, this petition was struck out due to the absence of respondent, who had had to go to Japan. Because of this absence, the Court could not make an order on the question of maintenance when the divorce were delivered, but as a result of representations made by counsel for the respondent, it reserved judgment on the question. This is not a case in which the question of maintenance was not raised at the time when the decree *nisi* was granted, nor one in which the application was refused for lack of merit. The Court also noted respondent's promptness in submitting her petition after the decree absolute was granted and held that, in view of the circumstances, the Court could

⁵ [1975] 2 S.C.R. 539.

du ressort du Parlement que si elle est liée à la législation concernant le divorce et en fait partie. Je suis d'avis que lorsqu'on a prévu que le tribunal pouvait statuer sur ces matières «en (upon) prononçant un jugement conditionnel de divorce», on voulait dire que ce n'est que quand un divorce est prononcé que le tribunal acquiert la compétence nécessaire pour statuer sur elles. Ces mots ne veulent pas dire que l'on ne peut statuer sur ces matières qu'au moment même, exactement où est prononcé le jugement conditionnel.

La Cour décide que, d'une part, un juge agit dans les limites de sa juridiction lorsqu'en prononçant le jugement conditionnel, il émet une ordonnance relative au droit à des allocations d'entretien seulement et qu'il renvoie en vertu des Règles de sa cour la question du montant au régistraire pour que celui-ci fasse sa recommandation et que, d'autre part, le tribunal de divorce a le pouvoir de fixer, après réception de la recommandation du régistraire, le montant approprié des allocations même si, entre temps, le jugement irrévocable de divorce a été prononcé.

La question est analysée une deuxième fois par cette Cour dans *Lapointe c. Klint*⁵. Cette affaire concerne une requête pour pension alimentaire présentée après le prononcé des jugements conditionnel et irrévocable de divorce qui ne contiennent aucune déclaration expresse du droit à des allocations d'entretien mais qui comportent par ailleurs respectivement les mots «autres droits réservés» et «LA COUR RÉSERVE tous autres recours». L'intimée avait, après la signification d'une requête en divorce par l'appelant, produit une requête pour pension alimentaire. Mais cette requête, après avoir été ajournée à deux reprises, fut rayée en raison de l'absence de l'intimée qui avait dû se rendre au Japon. A cause de cette absence, le tribunal n'a pu rendre d'ordonnance sur la question d'entretien lors du prononcé des jugements de divorce, mais suite aux représentations du procureur de l'intimée, il a réservé la question. Il ne s'agit pas d'un cas où la question de l'entretien n'a pas été soulevée au moment du prononcé du jugement conditionnel, ni d'un cas où une demande aurait été rejetée parce que non fondée. Cette Cour note également la promptitude de l'intimée à

⁵ [1975] 2 R.C.S. 539.

decide on the question of maintenance once the marriage was finally dissolved. The conclusion of Martland J., who delivered the unanimous decision of the Court, was:

In my opinion the issue as to the granting of maintenance, although incidental to and dependent upon the granting of a decree of divorce, may be dealt with by the Court separately from the issue as to the granting of such decree. If the Court decides that a party to the divorce proceedings is entitled to maintenance, or is entitled to have that issue determined, its right to determine such entitlement does not preclude it from dissolving the marriage, but such dissolution does not prevent it from dealing with the corollary relief aspect thereafter. It is because the marriage is being dissolved that the power and the necessity to determine the right of a party to the marriage to maintenance arises. The Court having derived jurisdiction to deal with that matter when the decree *nisi* is granted, in the absence of some express provision in the Act to the contrary, is not deprived of the power to deal with the issue which has come before it because the decree is made absolute, if that issue is still undetermined.

Finally, in *Ouimet v. Ouellet*⁶, a decision of this Court delivered on February 21, 1975, a petition for alimony was submitted by the wife a little over eight months after she had obtained, without applying for interim relief, a decree *nisi* of divorce, but before the decree absolute. A petition for a decree absolute had been filed, then struck out at the time of its submission. The decree *nisi* expressly reserved to the wife her possible right to alimony. The wife had been out of the country for a period of five to six months after the decree *nisi* was granted. By a majority decision quashing the judgment of the Superior Court, the Court of Appeal granted alimony to the wife. In a very brief decision, delivered orally, the Court dismissed the husband's appeal: in the light of *Lapointe v. Klint*, the Superior court was in this case empowered to reserve the contingent right to alimony and to make an order dealing with the question at a future time.

⁶ (1975), 7 N.R. 1.

présenter sa requête après le prononcé du jugement irrévocable et décide que le tribunal pouvait, compte tenu des circonstances, se prononcer sur la question de l'entretien une fois le mariage définitivement dissous. Voici comment conclut le juge Martland qui rend le jugement unanime de la Cour:

J'estime que la question de l'octroi de l'entretien, bien que secondaire et liée au prononcé d'un jugement de divorce, peut être jugée par le tribunal indépendamment de la question de l'octroi d'un tel jugement de divorce. Si le tribunal décide qu'une partie aux procédures de divorce a droit à l'entretien, ou a droit à ce que soit tranchée une telle question, son pouvoir de déterminer si ce droit existe ne l'empêche pas de dissoudre le mariage, mais une telle dissolution n'interdira pas au tribunal de traiter par la suite de l'aspect relatif aux mesures accessoires. C'est du fait qu'on dissout le mariage qu'interviennent le pouvoir et la nécessité de déterminer si l'une des parties au mariage a droit à une allocation d'entretien. Le tribunal ayant obtenu la compétence de se prononcer sur cette question lors du prononcé du jugement conditionnel, il n'est pas, en l'absence d'une disposition expresse à l'effet contraire dans la Loi, privé du pouvoir de traiter de la question dont il a été saisi parce que le jugement est rendu irrévocable, si cette question est toujours en suspens.

Enfin, dans *Ouimet c. Ouellet*⁶, un arrêt de cette Cour rendu le 21 février 1975, il s'agissait d'une requête pour pension alimentaire présentée par l'épouse un peu plus de huit mois après qu'elle eu obtenu, sans demander de mesure provisoire, un jugement conditionnel de divorce, mais avant jugement irrévocable. — Une requête pour jugement irrévocable avait été produite puis rayée lors de sa présentation. — Le jugement conditionnel réservait expressément à l'épouse ses droits éventuels à une pension. L'épouse avait été absente du pays pendant une période de cinq à six mois après le prononcé du jugement conditionnel. La Cour d'appel, par un arrêt majoritaire infirmant le jugement de la Cour supérieure, accorde une pension à l'épouse. Dans une décision fort brève, rendue oralement, cette Cour rejette le pourvoi du mari: vu l'arrêt *Lapointe c. Klint*, la Cour supérieure avait dans ce cas le pouvoir de réserver des droits éventuels à une pension et de rendre par la suite une ordonnance disposant de la question.

⁶ (1975), 7 N.R. 1.

In the case at bar, the petition is not based on needs arising after the dissolution of the marriage bond, nor was the wife's petition considered and denied for lack of merit when the decree *nisi* was granted, nor, finally, was the matter of her needs and support not raised during the proceedings; it was in fact raised and determined in favour of respondent, on an interim basis, before the decree *nisi*. The petition for alimony is based on needs that existed at the time of the dissolution of the marriage. According to the trial judge's undisputed findings the lack of an appropriate order made in favour of respondent when the decree *nisi* was granted is only the result [TRANSLATION] "of an omission on the part of his or respondent's counsel or of a misunderstanding between them". Respondent's right to alimony in the circumstances would normally have been dealt with when the decree *nisi* was granted, and it was only by an oversight that this did not happen and the issue remained unsettled. Respondent submitted her petition two months after the decree absolute was granted—in my opinion, a reasonable lapse of time—after she learned of a fortuitous omission in the proceedings taken to dissolve her marriage. The purpose of her petition was to remedy this omission. In my view, the Superior Court had jurisdiction to grant the petition and this jurisdiction, connected as it is with the granting of the decree of divorce, originates in s. 11 of the *Divorce Act*.

As in *Zacks v. Zacks*, the Attorney General of Canada asks that the Court deal with the appeal on a much broader basis, namely, that the constitution empowers the Parliament of Canada to prescribe that the obligation to provide assistance indefinitely survives the dissolution of the marriage bond and that this is what was done in the *Divorce Act*. The circumstances of this case do not enable us to express an opinion upon such general propositions, anymore than it was possible in *Zacks v. Zacks*.

Nor is there any need to reply to the second question as to the constitutionality of arts. 212 and

Dans la présente cause, il ne s'agit pas d'un cas où la demande est fondée sur des besoins survenus après la dissolution du lien matrimonial, ni d'un cas où la demande de l'épouse aurait été considérée et rejetée parce que non fondée, lors du prononcé du jugement conditionnel, ni enfin d'un cas où la question de ses besoins et de son entretien n'aurait jamais été soulevée durant l'instance; elle a effectivement été soulevée et tranchée en faveur de l'intimée, à titre provisoire, avant le jugement conditionnel. La demande de pension est fondée sur des besoins existant lors de la dissolution du mariage. L'absence d'une ordonnance appropriée rendue en faveur de l'intimée lors du prononcé du jugement conditionnel ne résulte, selon les conclusions non contestées du juge du procès, «que d'une omission de son procureur ou de celui de l'intimée ou encore d'un malentendu entre eux». Le droit de l'intimée à une pension dans les circonstances aurait normalement fait l'objet d'une adjudication lors du prononcé du jugement conditionnel et ce n'est que par suite d'une inadvertance qu'il ne l'a pas été et qu'il est resté en suspens. L'intimée a présenté sa requête deux mois après le prononcé du jugement irrévocable, un délai raisonnable, selon moi, après qu'elle eut pris connaissance d'une lacune fortuite dans la procédure de dissolution de son mariage. Sa requête a pour but de combler cette lacune. Je suis d'avis que la Cour supérieure avait juridiction pour accorder la requête et que cette juridiction, reliée au prononcé du jugement de divorce, prend sa source dans l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*.

Comme dans *Zacks c. Zacks*, le procureur général du Canada nous invite à disposer du pourvoi sur une base beaucoup plus large, savoir, que la Constitution habilite le Parlement du Canada à prescrire que l'obligation de secours survit indéfiniment à la dissolution du lien matrimonial et que c'est ce qu'il a fait dans la *Loi sur le divorce*. Les circonstances de cette cause ne nous permettent pas d'exprimer une opinion sur des propositions aussi générales, pas plus qu'on ne l'a fait dans *Zacks c. Zacks*.

Nous n'avons pas à répondre non plus à la seconde question relative à la constitutionnalité des

213 of the *Civil Code*. The formulation of a constitutional question at a time when the Court has not yet been able to take cognizance of a complete case, and the intervention on the part of the Attorneys General, are not sufficient reason for this Court to give an opinion on questions that, in the final analysis, it is not necessary to resolve.

I would dismiss the appeal with costs. Nevertheless, each of the Attorneys General shall pay the costs of his intervention.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Champagne, Bourassa & Ferland, Montreal.

Solicitors for the respondent: Byers, Casgrain & Stewart, Montreal.

art. 212 et 213 *C.c.* La formulation d'une question constitutionnelle à un moment où la Cour n'a pas encore pu prendre connaissance d'un dossier complet, et l'intervention de procureurs généraux ne constituent pas des raisons suffisantes pour que cette Cour donne des opinions sur des questions qu'il ne s'avère finalement pas nécessaire de trancher.

Je rejetterais le pourvoi avec dépens. Néanmoins, chacun des procureurs généraux payera les frais de son intervention.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Champagne, Bourassa & Ferland, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Byers, Casgrain & Stewart, Montréal.

Bernard Paquette *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1976: June 16; 1976: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Non-capital murder — Duress — Threat of death or of grievous bodily harm — “A party to the offence” — “Intention in common” — Aiding and abetting under duress — Defence of duress open to accused — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 7(3), 17, 21(2).

During the course of a robbery committed by Simard and Clermont an innocent bystander was killed by a rifle shot fired by Simard. When jointly charged, together with appellant, with non-capital murder, both Simard and Clermont pleaded guilty. Appellant was not present at the robbery or at the shooting but was charged under s. 21(2) of the *Criminal Code* as an accomplice. Appellant did not testify at trial but relied on statements made to the police and to his girl friend the day after the robbery to support his argument that he had no intention in common with Simard and Clermont to carry out the robbery. The trial judge charged the jury that if they accepted that appellant had joined the common plot to rob under threats of death or grievous bodily harm they should find appellant to be not guilty. Appellant was acquitted. While the subsequent appeal by the Crown was allowed the Court of Appeal made it clear that the appeal would have been dismissed but for *Dunbar v. The King* (1936), 67 C.C.C. 20, 4 D.L.R. 737.

Held: The appeal should be allowed.

The application of s. 17 of the *Criminal Code* is limited to cases in which the person seeking to rely on it has himself committed an offence. Appellant did not himself commit the offence of robbery or of murder and could only be considered a party to the murder on the basis of s. 21(2) which only applies if it is established that the appellant, in common with Simard and Clermont, formed an intention to commit robbery. As s. 17 was inapplicable appellant was entitled by virtue of s. 7(3) to rely on any excuse or defence available to him at common law. A person whose actions have been dictated by fear of death or of grievous bodily injury cannot be said to have formed a genuine common intention to

Bernard Paquette *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1976: le 16 juin; 1976: le 5 octobre.

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

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

Droit criminel — Meurtre non qualifié — Contrainte — Menaces de mort ou de lésion corporelle grave — «Partie à l'infraction» — «Intention commune» — Complicité sous contrainte — L'accusé peut invoquer la défense fondée sur la contrainte — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 7(3), 17 et 21(2).

Au cours d'un vol qualifié commis par Simard et Clermont, un passant a été tué d'une balle de carabine tirée par Simard. L'appellant a été accusé de meurtre non qualifié avec Simard et Clermont qui ont plaidé coupable. L'appellant n'a pas assisté au vol ni à la fusillade, mais a été inculpé à titre de complice en vertu de l'art. 21(2) du *Code criminel*. L'appellant n'a pas témoigné au procès mais s'est fondé sur des déclarations faites à la police et à son amie le lendemain du vol, à l'appui de sa défense selon laquelle il ne partageait pas avec Simard et Clermont l'intention de commettre le vol. Le juge de première instance a expliqué aux jurés, dans ses directives, que s'ils admettaient que l'appellant avait participé au projet de commettre le vol sous l'effet de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, ils devaient l'acquitter, ce qu'ils firent. Le ministère public a interjeté appel. Les motifs de la Cour d'appel indiquent clairement que, sans l'arrêt *Dunbar v. Le Roi* (1936), 67 C.C.C. 20, 4 D.L.R. 737, elle aurait rejeté l'appel.

Arrêt: L'appel est accueilli.

L'article 17 ne s'applique que lorsque la personne qui l'invoque a elle-même perpétré l'infraction. L'appellant n'a pas commis lui-même de vol qualifié ni de meurtre et ne peut être considéré partie au meurtre qu'en vertu du par. 21(2) qui s'applique seulement s'il est établi que l'appellant, de concert avec Simard et Clermont, a formé le projet de commettre le vol qualifié. Comme l'art. 17 ne s'applique pas, l'appellant est fondé, aux termes du par. 7(3), à invoquer une excuse ou un moyen de défense reconnu en *common law*. On ne peut dire d'une personne agissant sous l'effet de menaces de mort ou de lésions corporelles graves qu'elle a réellement formé le

carry out an unlawful purpose with the person who has threatened him.

Although *Dunbar v. The King*, *supra*, could be distinguished on its facts it should *not be followed* as it was based on the proposition with which the Court is not in agreement, that on a charge of murder founded on what is now s. 21(2) of the *Criminal Code* duress does not negative the intention of an accused to carry out an unlawful purpose in common with others.

Dunbar v. The King (1936), 67 C.C.C. 20, [1936] 4 D.L.R. 737 nor followed; *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653 adopted; *R. v. Carker*, [1967] S.C.R. 114; *R. v. Farduto* (1912), 21 C.C.C. 144; *R. v. Warren* (1973), 14 C.C.C. (2d) 188 distinguished; *R. v. Brown and Morley*, [1968] S.A.S.R. 467 referred to.

Leonard Shore, for the appellant.

David Watt, for the respondent.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing an appeal from an acquittal by Houlden J. and jury of an accused on a charge of non-capital murder founded on s. 21(2) of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The facts which give rise to this appeal are as follows:

During the course of a robbery at the Pop Shoppe, in the City of Ottawa, on March 18, 1973, an innocent bystander was killed by a bullet from a rifle fired by one Simard. The robbery was committed by Simard and one Clermont, both of whom, together with the appellant, were jointly charged with non-capital murder. Simard and Clermont pleaded guilty to this charge.

The appellant was not present when the robbery was committed or when the shooting occurred. The charge against him was founded upon s. 21(2) of the *Criminal Code*. Section 21 provides as follows:

21. (1) Every one is a party to an offence who
- (a) actually commits it,
 - (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it, or
 - (c) abets any person in committing it.

projet de poursuivre une fin illégale avec la personne qui l'a menacée.

Bien que les faits permettent de faire une distinction avec l'arrêt *Dunbar v. Le Roi* (précité), cet arrêt ne doit pas être suivi car il est fondé sur la thèse selon laquelle, dans le cas d'une accusation de meurtre en vertu de l'actuel par. 21(2) du *Code criminel*, la contrainte n'annule pas l'intention de l'accusé de poursuivre une fin illégale de concert avec d'autres. La Cour ne partage pas cette opinion.

Arrêt non suivi: *Dunbar v. Le Roi* (1936), 67 C.C.C. 20, [1936] 4 D.L.R. 737; arrêt adopté: *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653; distinction faite avec les arrêts: *R. c. Carker*, [1967] R.C.S. 114; *R. v. Farduto* (1912), 21 C.C.C. 114; *R. v. Warren* (1973), 14 C.C.C. (2d) 188; arrêt mentionné: *R. v. Brown and Morley*, [1968] S.A.S.R. 467.

Leonard Shore, pour l'appellant.

David Watt, pour l'intimée.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui accueillait un appel d'un acquittement prononcé par le juge Houlden et un jury, sur une accusation de meurtre non qualifié fondée sur le par. 21(2) du *Code criminel*. Appel accueilli.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Voici les faits à l'origine de ce pourvoi:

Au cours d'un vol qualifié commis au Pop Shoppe, à Ottawa, le 18 mars 1973, un passant a été tué d'une balle de carabine tirée par un nommé Simard. Les auteurs du vol qualifié étaient Simard et un nommé Clermont, qui, avec l'appellant, ont été accusés de meurtre non qualifié. Simard et Clermont ont plaidé coupable.

L'appellant n'a pas assisté au vol ni à la fusillade. L'accusation est portée contre lui en vertu de l'art. 21(2) du *Code criminel*. L'article 21 dispose:

21. (1) Est partie à une infraction quiconque
- a) la commet réellement,
 - b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, ou
 - c) encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

The appellant made a statement to the police, which was admitted in evidence at the trial and which described his involvement in the matter as follows: On the day of the robbery Clermont telephoned the appellant for a ride as his own car was broken. Clermont asked the appellant where he used to work and was told at the Pop Shoppe. Clermont told him to drive to the Pop Shoppe because Clermont wanted to rob it, and, when the appellant refused, Clermont pulled his gun and threatened to kill him. Simard was picked up later and also a rifle. The appellant drove them to the Pop Shoppe. The appellant had been threatened with revenge if he did not wait for Clermont and Simard. The appellant, in his statement, stated he was afraid and drove around the block. After the robbery and homicide Clermont and Simard attempted twice, unsuccessfully, to get into the appellant's car. Three of the Crown's witnesses supported this latter statement.

The appellant did not testify at trial but relied on the above statement and two other statements also introduced at the trial by the Crown to support his argument that he had no intention in common with Simard and Clermont to carry out the robbery; *i.e.*:

- (1) An oral statement to a police officer on his arrest that he had been threatened with death "is he squealed";
- (2) The written statement to the police outlined above in which he stated that he had only participated in the robbery by driving because he was threatened with death;
- (3) A statement to his girl friend the day after the robbery that he was forced to do it.

The trial judge charged the jury as follows:

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction.

Selon la déclaration de l'appellant à la police, admise en preuve au procès, sa participation à l'incident se résume comme suit: le jour du vol, Clermont lui a téléphoné et lui a demandé de le conduire, sa voiture étant en panne. Clermont a demandé à l'appellant où il travaillait et ce dernier lui a répondu au Pop Shoppe. Clermont lui a ensuite demandé de se rendre au Pop Shoppe qu'il avait l'intention de dévaliser. L'appellant a refusé mais Clermont a braqué sa carabine vers lui et l'a menacé de le tuer. Plus tard, Simard, également armé, est monté dans la voiture. L'appellant les a donc conduits au Pop Shoppe. Clermont et Simard l'avaient menacé de représailles s'il ne les attendait pas. Dans sa déclaration, l'appellant a indiqué qu'il était effrayé et qu'il fit le tour du pâté de maisons. Après le vol et l'homicide, Clermont et Simard ont vainement tenté, à deux reprises, de monter dans la voiture de l'appellant. Trois témoins cités par le ministère public ont confirmé cette dernière partie de la déclaration.

L'appellant n'a pas témoigné au procès, mais il s'est fondé sur la déclaration susmentionnée et sur deux autres déclarations produites au procès par le ministère public à l'appui de sa défense selon laquelle il ne partageait pas avec Simard et Clermont l'intention d'effectuer le vol; les déclarations en question sont:

- (1) une déclaration verbale faite à un agent de police lors de son arrestation selon laquelle on l'avait menacé de mort s'il «les dénonçait»;
- (2) la déclaration écrite susmentionnée faite à la police dans laquelle il prétend que sa seule participation au vol est d'avoir conduit la voiture sous menace de mort;
- (3) une déclaration à son amie, le lendemain du vol, selon laquelle on l'avait contraint à agir ainsi.

Dans son exposé au jury, le juge de première instance s'est exprimé ainsi:

Now, the defence are asserting that Paquette participated in this robbery because he was compelled to do so, and in that connection I charge you that if Paquette joined in the common plot to rob the Pop Shoppe under threats of death or grievous bodily harm, that would negative his having a common intention with Simard to rob the Pop Shoppe, and you must find Paquette not guilty.

The appellant was acquitted. The Crown appealed to the Court of Appeal for Ontario. The reasons delivered by that Court make it clear that the appeal would have been dismissed had it not been for the decision of this Court in *Dunbar v. The King*¹.

The relevant portions of the majority judgment in that case are as follows:

On January 15, 1936, three men entered and robbed a branch of the Canadian Bank of Commerce in Vancouver and in the course of the robbery the teller was fatally shot. The appellant Dunbar was not among those who entered the bank but he had brought the robbers to the bank in an automobile and after the robbery was over drove back for them and took them away to the house where they had all been living together. He subsequently shared with them in the proceeds of the robbery. He had a criminal record, had met one or other of the robbers in the penitentiary and had been living with them in the same house for some days prior to the robbery. He knew when driving the car to the bank that his associates were going there with the purpose of robbing the bank, that these men were armed and that in the course of such robbery it was not improbable that someone might be killed. His sole excuse for his conduct was that he had acted under compulsion as one of his associates had threatened his life unless he accompanied them and had further threatened that if he did anything to betray them that he would be killed. The point of alleged misdirection most stressed by counsel for the prisoner before us was a statement as follows:—

“If you accept Dunbar’s evidence that he was so bereft of reason that his reasoning faculties were suspended and that he was really in the position of having his hand held by somebody, that he has two men standing over him—you had this story of the thing put to you in the way that he would have you believe—well, then it seems to me there should be some evidence to show his mental condition.”

¹ [1936] 4 D.L.R. 737, 67 C.C.C. 20.

[TRADUCTION] La défense affirme que Paquette a participé au vol parce qu’on l’y a contraint; à ce sujet je vous signale que si Paquette a participé au projet de commettre un vol au Pop Shoppe, sous l’effet de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, on ne peut considérer dans ces circonstances qu’il a partagé, avec Simard, l’intention de voler le Pop Shoppe, et vous devez l’acquitter.

L’appellant fut acquitté. Le ministère public a interjeté appel devant la Cour d’appel de l’Ontario. Les motifs de cette cour indiquent clairement que si ce n’était le jugement de la présente Cour dans *Dunbar v. Le Roi*¹, elle aurait rejeté l’appel.

Les extraits pertinents du jugement de la majorité dans cette dernière affaire se lisent comme suit:

[TRADUCTION] Le 15 janvier 1936, trois hommes se sont introduits dans une succursale de la Banque Canadienne de Commerce à Vancouver, pour la dévaliser, et, au cours de l’incident, un caissier a été tué. L’appellant Dunbar n’était pas entré dans la banque mais y avait conduit les voleurs et, après le vol, il les avait reconduits jusqu’à la maison qu’ils partageaient. Il a ensuite partagé le magot avec eux. Il avait un casier judiciaire, il avait fait la connaissance des autres voleurs au pénitencier et il s’était installé dans la même maison qu’eux quelques jours avant le vol. Il savait en conduisant ses compagnons à la banque qu’ils allaient y effectuer un vol, qu’ils étaient armés et qu’il n’était pas improbable que quelqu’un soit tué à cette occasion. Sa seule excuse était qu’il agissait sous l’effet de la contrainte, un de ses compagnons l’ayant menacé de mort s’il ne les suivait pas et s’il faisait quoi que ce soit pour les trahir. Voici l’extrait de la prétendue directive erronée sur laquelle se fonde essentiellement l’avocat du détenu:—

«Si vous acceptez le témoignage de Dunbar selon lequel il était privé de ses facultés intellectuelles et incapable de raisonner et qu’il était à la merci de deux hommes—on vous a donné la version que l’on veut que vous croyiez—il me semble qu’il devrait y avoir une preuve relative à son état d’esprit.»

¹ [1936] 4 D.L.R. 737, 67 C.C.C. 20.

Section 20 (now s. 17) of the Criminal Code, dealing with compulsion, excludes murder and robbery and therefore is inapplicable to this case, but it was argued that if compulsion were shown it might be sufficient to negative any common intention under the provision of s. 69(2) (now s. 21(2)) of the Code. It seems to me that this argument fails to recognize the distinction between intention and the motive giving rise to intention.

If Dunbar's story of the threat to him was true then he was faced with a choice between endangering his own life or assisting those about to commit a robbery which might, as he knew, be accompanied by murder of an innocent person. The motive giving rise to his choice between these two courses is irrelevant. This being so, in my opinion the issue was not unfairly put before the jury in the learned trial Judge's charge. I would, therefore, dismiss the appeal.

Counsel for the Crown submits that the principles of law applicable to the excuse or defence of duress or compulsion are exhaustively codified in s. 17 of the *Criminal Code*, and that the appellant is precluded from relying upon this provision because of the exception contained at the end of it. Section 17 provides:

17. A person who commits an offence under compulsion by threats of immediate death or grievous bodily harm from a person who is present when the offence is committed is excused for committing the offence if he believes that the threats will be carried out and if he is not a party to a conspiracy or association whereby he is subject to compulsion, but this section does not apply where the offence that is committed is treason, murder, piracy, attempted murder, assisting in rape, forcible abduction, robbery, causing bodily harm or arson.

In my opinion the application of s. 17 is limited to cases in which the person seeking to rely upon it has himself committed an offence. If a person who actually commits the offence does so in the presence of another party who has compelled him to do the act by threats of immediate death or grievous bodily harm, then, if he believes the threats would be carried out, and is not a party to a conspiracy whereby he is subject to such compulsion, he is excused for committing the offence. The protection afforded by this section is not given in respect

L'article 20 (l'art. 17 actuel) du Code criminel, relatif à la contrainte, ne s'applique pas au meurtre ni au vol qualifié et n'est donc pas pertinent en l'espèce; on prétend cependant que si la contrainte était établie en preuve, cela suffirait pour écarter l'intention commune au sens de l'art. 69(2) (l'art. 21(2) actuel) du Code. Il me semble que cet argument méconnaît la distinction entre l'intention et le mobile qui a suscité l'intention.

Si Dunbar a été effectivement menacé, il avait donc à choisir entre mettre en danger sa propre vie ou aider ceux qui avaient l'intention de commettre un vol qui pouvait, et il le savait, occasionner le meurtre d'un innocent. Le mobile qui a déterminé son choix n'est pas pertinent. Donc, à mon avis, le savant juge a adéquatement exposé la question litigieuse au jury. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Le substitut du procureur général soutient que l'art. 17 du *Code criminel* définit de façon exhaustive les principes de droit applicables à la défense fondée sur la contrainte ou les menaces; il prétend en outre que, vu les exceptions énumérées à la fin de l'article, l'appelant ne peut invoquer ce moyen. L'article 17 prévoit:

17. Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésion corporelle grave de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle n'est pas partie à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte; mais le présent article ne s'applique pas si l'infraction commise est la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'aide à l'accomplissement d'un viol, le rapt, le vol qualifié, l'infliction de blessures corporelles ou le crime d'incendie.

A mon avis, l'art. 17 ne s'applique que lorsque la personne qui l'invoque a elle-même perpétré une infraction. Ainsi lorsqu'une personne commet une infraction sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles graves de la part d'une personne présente lors de la perpétration de l'infraction, elle est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croyait que les menaces seraient mises à exécution et si elle n'était partie à aucun complot par lequel elle était soumise à la contrainte. Cet article n'offre

of the offences listed at the end of the section, which include murder and robbery.

The section uses the specific words "a person who commits an offence". It does not use the words "a person who is a party to an offence." This is significant in the light of the wording of s. 21(1) which, in para. (a), makes a person a party to an offence who "actually commits it". Paragraphs (b) and (c) deal with a person who aids or abets a person committing the offence. In my opinion s. 17 codifies the law as to duress as an excuse for the actual commission of a crime, but it does not, by its terms, go beyond that. *R. v. Carker*², in which reference was made to s. 17 having codified the defence or excuse of duress, dealt with a situation in which the accused had actually committed the offence.

The appellant, in the present case, did not himself commit the offence of robbery or of murder. He was not present when the murder occurred, as was the case in *R. v. Farduto*³, and *R. v. Warren*⁴, to which counsel for the Crown referred. In the former case the accused provided the razor with which the murderer cut the throat of the victim in his presence. The Court was of the view that the trial judge could conclude that there was no case of such compulsion as would constitute an excuse. In the latter case the accused, the brother of the actual murderer was present with him over a period of time after the robbery occurred and before the deceased was killed in his presence. The report does not indicate the nature of the compulsion alleged. The emphasis appears to have been on the subnormal intelligence of the accused making him willing to go along with what was suggested to him.

The appellant could only be considered to be a party to the murder on the basis of the application of s. 21(2). Section 21(1) is not applicable because the offence to which he is alleged to be a party is murder, and it is clear that he did not commit murder, nor did he aid or abet in its commission.

² [1967] S.C.R. 114.

³ (1912), 21 C.C.C. 144.

⁴ (1973), 14 C.C.C. (2d) 188.

aucune protection dans le cas des infractions énumérées dans sa dernière partie, dont le meurtre et le vol qualifié.

L'article vise expressément «une personne qui commet une infraction». Il ne parle pas d'«une personne qui est partie à une infraction». Cette nuance est importante car aux termes de l'al. a) de l'art. 21(1), est partie à une infraction quiconque «la commet réellement». Les alinéas b) et c) de ce paragraphe traitent des cas où une personne aide ou encourage quelqu'un à commettre une infraction. A mon avis, l'art. 17 codifie le droit en matière d'excuses fondées sur la contrainte dans les seuls cas de perpétration réelle d'un crime mais, compte tenu de son libellé, il ne va pas plus loin. Dans l'arrêt *R. c. Carker*², qui mentionne l'effet codificateur de l'art. 17 en matière de défense ou d'excuse fondée sur la contrainte, l'accusé avait réellement commis l'infraction.

En l'espèce, l'appelant n'a pas commis lui-même de vol qualifié ni de meurtre. A la différence des arrêts *R. v. Farduto*³ et *R. v. Warren*⁴, cités par le substitut du procureur général, le présent accusé n'a pas assisté au meurtre. Dans le premier arrêt, l'accusé avait non seulement fourni le rasoir au meurtrier mais était présent lorsque ce dernier a tranché la gorge de la victime. La Cour a estimé que le juge de première instance pouvait conclure qu'il ne s'agissait pas d'un cas de contrainte constituant une excuse. Dans le second arrêt, l'accusé était avec son frère, l'assassin, après le vol et avant le meurtre, commis en sa présence. Le dossier ne précise pas le genre de contrainte alléguée. Il fait toutefois grandement état de la faible intelligence de l'accusé, qui faisait volontiers ce qu'on lui demandait.

En l'espèce, l'appelant ne peut être considéré partie au meurtre qu'en vertu du par. (2) de l'art. 21. Le paragraphe (1) ne s'applique pas parce que l'infraction à laquelle on prétend qu'il a participé est un meurtre; or, il n'a manifestement pas commis le meurtre ni aidé ni encouragé quiconque à le commettre.

² [1967] R.C.S. 114.

³ (1912), 21 C.C.C. 144.

⁴ (1973), 14 C.C.C. (2d) 188.

Subsection (2) is only applicable if it is established that the appellant, in common with Simard and Clermont, formed an intention to commit robbery. The question in issue is as to whether the trial judge erred in law in telling the jury that if the appellant joined in the plot to rob under threats of death or of grievous bodily harm, this would negative such common intention.

I have already stated my reasons for considering s. 17 to be inapplicable. That being so, the appellant is entitled, by virtue of s. 7(3) of the *Code*, to rely upon any excuse or defence available to him at common law. The defence of duress to a charge of murder against a person who did not commit the murder, but who was alleged to have aided and abetted, was recently considered by the House of Lords in *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*⁵, in which the decided cases were fully reviewed. The facts in that case were as follows:

The defendant drove a motor car containing a group of the I.R.A. in Northern Ireland on an expedition in which they shot and killed a police officer. On his trial for aiding and abetting the murder there was evidence that he was not a member of the I.R.A. and that he acted unwillingly under the orders of the leader of the group, being convinced that, if he disobeyed, he would himself be shot. The trial judge held that the defence of duress was not available to him and the jury found him guilty. The Court of Criminal Appeal in Northern Ireland upheld the conviction.

The House of Lords, by a 3 to 2 majority, held that on a charge of murder the defence of duress was open to a person accused as a principal in the second degree (aider and abettor) and ordered a new trial.

The conclusion of Lord Morris of Borth-y-Gest is stated at p. 677, as follows:

Having regard to the authorities to which I have referred it seems to me to have been firmly held by our courts in this country that duress can afford a defence in criminal cases. A recent pronouncement was that in the

⁵ [1975] A.C. 653.

Le paragraphe (2) ne s'applique que s'il est établi que l'appelant, de concert avec Simard et Clermont, a formé le projet de commettre le vol qualifié. Il s'agit en l'espèce de déterminer si le juge de première instance a commis une erreur en indiquant au jury que si l'appelant a participé au projet de commettre un vol, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort ou de lésions corporelles graves, l'intention commune n'existe pas.

J'ai déjà indiqué pourquoi j'estime l'art. 17 inapplicable en l'espèce. Cela étant, l'appelant est fondé, aux termes du par. 7(3) du *Code* à invoquer une excuse ou un moyen de défense reconnu en *common law*. Dans la récente affaire *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*⁵, la Chambre des lords, après avoir revu la jurisprudence pertinente, a analysé la défense fondée sur la contrainte invoquée par une personne qui n'a pas commis le meurtre mais qui pourrait avoir aidé ou encouragé à le commettre. Voici l'exposé des faits de cette affaire:

[TRADUCTION] Le défendeur conduisait une voiture transportant un groupe de l'I.R.A., en Irlande du Nord, et, au cours de l'expédition, un policier a été tué à coups de revolver. Accusé d'avoir aidé et encouragé à commettre le meurtre, l'accusé a établi à son procès qu'il n'était pas membre de l'I.R.A. et qu'il avait agi contre son gré, sur les ordres du chef du groupe car il était convaincu que s'il désobéissait, on le tuerait. Le juge de première instance a décidé que l'accusé ne pouvait invoquer la contrainte et, en conséquence, le jury a conclu à sa culpabilité. La Cour d'appel, chambre criminelle, de l'Irlande du Nord a confirmé le verdict.

La Chambre des lords a jugé, par une majorité de trois contre deux, que dans le cas d'une accusation de meurtre, la personne accusée de complicité pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte et a en conséquence ordonné un nouveau procès.

Voici la conclusion de lord Morris of Borth-y-Gest, à la p. 677:

[TRADUCTION] A la lumière de la jurisprudence précitée, il me semble que les tribunaux anglais ont clairement établi que la contrainte pouvait constituer un moyen de défense dans des affaires criminelles. Récem-

⁵ [1975] A.C. 653.

Court of Appeal in 1971 in the case above referred to (*Reg. v. Hudson*, [1971] 2 Q.B. 202). The court stated that they had been referred to a large number of authorities and to the views of writers of textbooks. In the judgment of the court delivered by Lord Parker C.J. and prepared by Widgery L.J. the conclusion was expressed, at p. 206, that

“... it is clearly established that duress provides a defence in all offences including perjury (except possibly treason or murder as a principal).”

We are only concerned in this case to say whether duress could be a possible defence open to Lynch who was charged with being an aider and abettor. Relying on the help given in the authorities we must decide this as a matter of principle. I consider that duress in such a case can be open as a possible defence. Both general reasoning and the requirements of justice lead me to this conclusion.

Lord Wilberforce, at p. 682, cited with approval a passage from the dissenting reasons of Bray C.J., in *R. v. Brown and Morley*⁶ at p. 494:

The reasoning generally used to support the proposition that duress is no defence to a charge of murder is, to use the words of Blackstone cited above, that “he ought rather to die himself, than escape by the murder of an innocent.” Generally speaking I am prepared to accept this proposition. Its force is obviously considerably less where the act of the threatened man is not the direct act of killing but only the rendering of some minor form of assistance, particularly when it is by no means certain that if he refuses the death of the victim will be averted, or conversely when it is by no means certain that if he complies the death will be a necessary consequence. It would seem hard, for example, if an innocent passer-by seized in the street by a gang of criminals visibly engaged in robbery and murder in a shop and compelled at the point of a gun to issue misleading comments to the public, or *an innocent driver compelled at the point of a gun to convey the murderer to the victim*, were to have no defence. Are there any authorities which compel us to hold that he would not?

I am in agreement with the conclusion reached by the majority that it was open to Lynch, in the circumstances of that case, to rely on the defence of duress, which had not been put to the jury. If

⁶ [1968] S.A.S.R. 467.

ment, en 1971, la Cour d'appel s'est prononcée en ce sens dans l'arrêt précité *Reg. v. Hudson* [1971], 2 Q.B. 202. La Cour a précisé qu'on avait invoqué devant elle une jurisprudence abondante de même que les opinions de plusieurs auteurs. Dans son jugement, prononcé par le juge en chef lord Parker et rédigé par le lord juge Widgery, la Cour a conclu, à la p. 206:

«... il est clairement établi que la contrainte constitue un moyen de défense contre toute infraction, y compris le parjure (à l'exception peut-être de la trahison ou du meurtre, pour l'auteur du crime).»

Il s'agit en l'espèce uniquement de décider si Lynch pouvait valablement invoquer la contrainte en défense contre l'accusation de complicité. Le litige soulève une question de principe que nous devons trancher à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine. J'estime que, dans les circonstances, la contrainte peut constituer un moyen de défense. C'est à la fois le bon sens et les exigences de la justice qui me dictent cette conclusion.

A la p. 682, lord Wilberforce a cité et approuvé un extrait des motifs dissidents du juge en chef Bray, dans *R. v. Brown and Morley*⁶, à la p. 494:

[TRADUCTION] On étage habituellement la thèse selon laquelle la contrainte ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation de meurtre sur le raisonnement suivant, pour reprendre les mots de Blackstone déjà cités, «on doit opter pour sa propre mort plutôt que d'y échapper au prix du meurtre d'un innocent». D'une manière générale, je suis disposé à souscrire à cette thèse. La force de cet argument est considérablement amoindrie lorsque l'acte accompli sous l'effet de la contrainte n'est pas directement le meurtre, mais simplement un service mineur, surtout lorsqu'il n'est pas du tout certain qu'en cas de refus, la mort de la victime sera évitée, ou *a contrario*, qu'en cas d'obéissance, le meurtre est inévitable. Ainsi il me semblerait sévère de n'accorder aucun moyen de défense à un simple passant saisi dans la rue par une bande de criminels, de toute évidence en train de commettre un vol et un meurtre dans un magasin, et contraint sous la menace d'une arme, à donner de faux renseignements au public, ni à un *automobiliste contraint, sous la menace d'un revolver, à conduire l'assassin à sa victime*. Existe-t-il quelque jurisprudence nous obligeant à statuer qu'il n'y a aucun moyen de défense dans un tel cas?

Je partage l'opinion de la majorité que Lynch pouvait, dans les circonstances, invoquer la défense fondée sur la contrainte, qui n'avait pas été exposée au jury. Si la défense fondée sur la contrainte

⁶ [1968] S.A.S.R. 467.

the defence of duress can be available to a person who has aided and abetted in the commission of murder, then clearly it should be available to a person who is sought to be made a party to the offence by virtue of s. 21(2). A person whose actions have been dictated by fear of death or of grievous bodily injury cannot be said to have formed a genuine common intention to carry out an unlawful purpose with the person who has threatened him with those consequences if he fails to co-operate.

The *Dunbar* case could be distinguished from the present case on its facts. The accused, in that case, had been living with the persons who committed the robbery in which the shooting occurred. He drove them to and from the scene of the crime and shared with them in the proceeds of the robbery. However, the decision is based upon the proposition that on a charge of murder founded on the operation of what is now s. 21(2) of the *Code*, duress does not negative the intention of the accused to carry out an unlawful purpose in common with others, but only relates to his motive for joining in that common purpose, which is irrelevant to the issue of his guilt. I am not in agreement with this view and I am of the opinion that it should not be followed.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the verdict of acquittal.

Appeal allowed, verdict of acquittal restored.

Solicitor for the appellant: Leonard M. Shore, Ottawa.

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

peut être invoquée par un complice de meurtre, elle doit pouvoir, à plus forte raison, l'être par une personne que l'on cherche à associer à l'infraction en vertu du par. 21(2). On ne peut dire d'une personne agissant sous l'effet de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, qu'elle a réellement formé le projet de poursuivre une fin illégale avec la personne qui l'a menacée de lui infliger ces sévices si elle refusait de coopérer.

Les faits permettent de faire une distinction entre l'arrêt *Dunbar* et la présente affaire. Dans cet arrêt, l'accusé vivait avec les auteurs du vol qualifié qui a abouti à la fusillade. Il les a conduits à l'aller et au retour et a partagé le magot avec eux. Cependant, cette décision est fondée sur la thèse selon laquelle, dans le cas d'une accusation de meurtre fondée sur l'actuel art. 21(2) du *Code*, la contrainte n'annule pas l'intention de l'accusé de poursuivre une fin illégale de concert avec d'autres, mais explique simplement pourquoi il a partagé cette intention, ce qui est sans effet sur la question de sa culpabilité. Je ne partage pas cette opinion et j'estime qu'elle ne devrait pas être suivie.

En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel infirmé et le verdict d'acquittal rétabli.

Pourvoi accueilli, verdict d'acquittal rétabli.

Procureur de l'appellant: Leonard M. Shore, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

John C. Doyle *Appellant*;

and

Maria G. Doyle *Respondent*.

1975: December 9; 1976: February 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Husband and wife — Declinatory exception — Residence and domicile of defendant — Action for annulment or declaration of nullity of marriage — Code of Civil Procedure, arts. 68, 70 — Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19, s. 10.

Respondent brought an action in the Superior Court for the district of Montreal to have her marriage with appellant, which was contracted in Panama in 1959, declared null, and to have the civil effects of this putative marriage recognized. Appellant disputed the jurisdiction of the Superior Court by means of a declinatory exception and alleged that neither his domicile nor his residence at the time the proceedings were instituted was in the Province of Quebec. The trial court rejected this claim and declared that since the action was brought to obtain a declaration of nullity of the marriage between the parties, art. 70 of the *Code of Civil Procedure* applied and the court of last residence of the spouses, that is, Montreal, had jurisdiction. This was upheld by the Court of Appeal. Appellant disputes this decision in this Court and claims that: (1) art. 70 *C.C.P.* is not applicable, because this is an action the purpose of which is a declaration of the absolute nullity of the marriage and it is not an action for annulment; (2) art. 68 *C.C.P.* governs the jurisdiction of the parties, and plaintiff had therefore to establish that on the dates in question defendant had at least his residence in Montreal.

Held: The appeal should be dismissed.

Even if it is admitted that this is a personal action and that art. 68 *C.C.P.* applies, the evidence and the facts on record do not in any way enable us to conclude that appellant did not reside in Montreal. The filing of a declinatory exception does not result in placing the burden of proving that the Superior Court does in fact have jurisdiction on the complaining party. To support his claim appellant only filed an affidavit in which he simply states that his domicile and residence are in Panama. This affidavit cannot carry much weight in

John C. Doyle *Appellant*;

et

Maria G. Doyle *Intimée*.

1975: le 9 décembre; 1976: le 25 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Mari et femme — Exception déclinatoire — Résidence et domicile du défendeur — Action en annulation ou en déclaration de nullité du mariage — Code de procédure civile, art. 68, 70 — Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, c. C-19, art. 10.

L'intimée a intenté une action en Cour supérieure, district de Montréal, afin de faire déclarer nul son mariage avec l'appelant, célébré à Panama en 1959, et de faire reconnaître les effets civils de ce mariage putatif. L'appelant a, par exception déclinatoire, contesté la juridiction de la Cour supérieure en alléguant qu'au moment de l'institution de l'action il n'avait ni domicile ni résidence dans la province de Québec. La cour de première instance, confirmée par la Cour d'appel, a rejeté cette prétention et déclaré que, puisque l'action visait à obtenir une déclaration de nullité du mariage entre les parties, l'art. 70 du *Code de procédure civile* s'appliquait et le tribunal de la dernière résidence des époux, soit Montréal, avait juridiction. L'appelant conteste cette décision devant cette Cour et prétend que: (1) l'article 70 *C.p.c.* n'a pas d'application parce qu'il s'agit d'une action visant à faire déclarer la nullité absolue du mariage et non pas d'une action en annulation; (2) l'article 68 *C.p.c.* régit la juridiction des parties et il incombait donc à la demanderesse d'établir qu'aux dates pertinentes le défendeur avait au moins sa résidence à Montréal.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Même en admettant qu'il s'agit d'une action personnelle et que l'art. 68 *C.p.c.* s'applique, la preuve et les faits au dossier ne permettent nullement de conclure que l'appelant n'avait pas sa résidence à Montréal. La production d'une exception déclinatoire n'a pas pour effet d'imposer à la partie demanderesse le fardeau de démontrer que la Cour supérieure a de fait juridiction. L'appelant, pour appuyer sa prétention, n'a soumis qu'un affidavit où il affirme simplement que son domicile et sa résidence sont à Panama. Cet affidavit ne peut

view of the fact that appellant is a Canadian citizen and that in other proceedings he adopted very different attitudes and maintained that his domicile and residence were in Montreal.

From the evidence as a whole, it must be concluded that appellant's principal residence at the time in question was in Montreal. It must be concluded that even if the matter is governed by art. 68 *C.C.P.*, as appellant contends, the action was brought before the competent court. In view of this conclusion it is not necessary to decide on the applicability of art. 70 *C.C.P.* However, if this Court had to do so, it would affirm the conclusions of the Court of Appeal, namely, that this is an action in declaration of nullity of marriage and that art. 70 applies to absolute nullity as well as to relative nullity.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec¹, affirming a judgment of the Superior Court dismissing appellant's declinatory exception. Appeal dismissed.

J. Silcoff, for the appellant.

N. Salomon, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—In his declinatory exception, appellant alleges that his domicile and residence at the time the proceedings were instituted were in Panama, and asks the Superior Court for the district of Montreal to recognize that it has no jurisdiction in the case at bar. The trial court rejected this claim, pointing out that the action is brought to obtain a declaration of nullity of the marriage between the parties, and that art. 70 of the *Code of Civil Procedure* gives jurisdiction to the court of last residence of the spouses. This was upheld by the Court of Appeal.

As in the Court of Appeal, appellant did not dispute in this Court that for the purposes of his appeal we can take it that the last common residence of the parties was in Montreal. However, appellant claims that these judgments are erroneous. In his submission:

(1) art. 70 *C.C.P.* is not applicable here because:

¹ [1973] C.A. 1113.

pas peser très lourd devant le fait que l'appelant est un citoyen canadien et que dans d'autres procédures, il a pris des attitudes fort différentes affirmant domicile et résidence à Montréal.

De l'ensemble de la preuve, il faut donc conclure que la résidence principale de l'appelant, à l'époque pertinente, était à Montréal. Il en résulte que même si la matière est régie par l'art. 68 *C.p.c.*, comme le soutient l'appelant, l'action a été intentée devant le tribunal compétent. Devant cette conclusion, il n'est pas nécessaire de décider de l'application de l'art. 70 *C.p.c.* Toutefois, si cette Cour devait le faire, elle confirmerait les conclusions de la Cour d'appel savoir qu'il s'agit d'une action en déclaration de nullité de mariage et que l'art. 70 s'applique tout aussi bien aux nullités absolues qu'aux nullités relatives.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure rejetant une exception déclinatoire de l'appelant. Pourvoi rejeté.

J. Silcoff, pour l'appelant.

N. Salomon, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Par son exception déclinatoire, l'appelant, alléguant que son domicile et sa résidence au moment de l'institution des procédures étaient à Panama, a demandé à la Cour supérieure, district de Montréal, de reconnaître qu'elle n'a aucune juridiction en l'espèce. La cour de première instance, confirmée par la Cour d'appel, a rejeté cette prétention soulignant que l'action vise à obtenir une déclaration de nullité du mariage entre les parties et que l'art. 70 du *Code de procédure civile* donne juridiction au tribunal de la dernière résidence des époux.

Tout comme il l'avait fait devant la Cour d'appel, l'appelant devant nous n'a pas contesté que pour les fins de son pourvoi nous pouvons accepter que cette dernière résidence commune des époux était à Montréal. Néanmoins, l'appelant soumet que ces jugements sont erronés. D'après lui,

(1) l'art. 70 *C.p.c.* n'a pas ici d'application parce que:

¹ [1973] C.A. 1113.

(a) the sole purpose of the action is recognition of the civil effects of a putative marriage;
 (b) even should the action be interpreted as contesting the marriage itself, this article deals only with cases of relative nullity and cannot be relied on when the action alleges absolute nullity, as in the case at bar;

(2) the case is covered by art. 68 *C.C.P.*, and plaintiff has not presented even *prima facie* evidence that on the dates in question defendant had at least his residence in Montreal.

In support of his claim that the action is not really an action in declaration of nullity, appellant argues that one should go beyond the conclusion that the marriage "be declared null": that this should be interpreted in light of the allegations of the declaration, which refer to:

- (a) the marriage of the parties in Panama on September 12, 1959;
- (b) the granting of a divorce decree by the Circuit Court of Alabama on March 30, 1959 ending a previous marriage of defendant-appellant;
- (c) annulment of this divorce decree on December 4, 1968, obtained by means of a false affidavit of defendant-appellant regarding his place of residence;
- (d) the judgment by default rendered on October 1, 1970, in Panama, annulling the marriage in 1959 between the parties;
- (e) the divorce proceedings instituted in Montreal on May 16, 1971 by respondent;
- (f) dismissal of the divorce petition on December 29, 1972 by Desaulniers J. because of the annulment granted in Panama (an appeal is pending on this judgment).

Appellant concludes from the presentation of the facts thus made by plaintiff-respondent that the action cannot be considered an action in declaration of nullity, since by plaintiff's own admission this had already been rendered.

Leaving aside for the moment appellant's first proposition, relative to art. 70 *C.C.P.*, I turn immediately to his second proposition. It should

a) l'action a pour seul but la reconnaissance des effets civils d'un mariage putatif;
 b) même si l'action peut être lue comme une action attaquant le mariage lui-même, cet article ne vise que les cas de nullité relative et ne peut être invoqué lorsque l'action allègue une nullité absolue comme en l'espèce;

(2) c'est l'art. 68 *C.p.c.* qui règle le cas et la demanderesse n'a pas établi même *prima facie* qu'aux dates pertinentes le défendeur avait au moins sa résidence à Montréal.

Au soutien de sa proposition que l'action n'en est pas vraiment une en déclaration de nullité, l'appellant souligne qu'il ne faut pas s'arrêter à la conclusion que le mariage [TRADUCTION] «soit déclaré nul» mais qu'il faut lire celle-ci à la lumière des allégués de la déclaration, allégués qui réfèrent

- a) au mariage des parties célébré à Panama, le 12 septembre 1959;
- b) à l'apparence d'une ordonnance de divorce par la Cour de Circuit de l'Alabama, le 30 mars 1959, mettant fin à un mariage précédent du défendeur-appellant;
- c) à l'annulation le 4 décembre 1968 de ce décret de divorce obtenu grâce à un faux affidavit du défendeur-appellant quant à sa résidence;
- d) au jugement par défaut prononcé le 1^{er} octobre 1970 à Panama, annulant le mariage de 1959 entre les parties;
- e) aux procédures de divorce entamées à Montréal le 16 mai 1971 par l'intimée;
- f) au rejet de cette requête en divorce le 29 décembre 1972 par M. le juge Desaulniers vu l'annulation prononcée à Panama (ce jugement est pendant en appel).

De la présentation ainsi faite des faits par la demanderesse-intimée, l'appellant conclut que l'action ne peut pas être considérée comme une action en déclaration de nullité, celle-ci ayant déjà été prononcée de l'aveu même de la demanderesse.

Laissant de côté pour le moment la première proposition de l'appellant, relative à l'art. 70 *C.p.c.*, je m'arrêterai immédiatement à sa deuxième pro-

first be pointed out that in purely personal actions, the rule of jurisdiction is laid down in art. 68 *C.C.P.*: except for special cases set forth therein, it is the court of the defendant's domicile, or failing this the court of his residence, which has jurisdiction.

On the strength of the description of the parties in the writ and the allegations of the declaration, both dated January 24, 1973, defendant-appellant seems to have been summoned before the competent court. The writ describes appellant as follows: "John Christopher Doyle, industrialist, of the City and District of Montreal, therein residing at 1115 Sherbrooke Street West". The amended declaration alleges:

THAT at the time of their marriage, the parties were domiciled in the City of Montreal, Province of Quebec;

THAT the last residence of the parties was the City and District of Montreal;

At first glance, then, the summons seems to be in due form.

However, appellant submits that these are allegations only, that have been destroyed by the filing of a declinatory exception on February 6, 1973 stating:

The Defendant is a citizen of Canada and is ordinarily resident and domiciled in the City of Panama, Republic of Panama.

The Defendant has no residence within the jurisdiction of the Superior Court of the Province of Quebec.

All this is supported by his affidavit.

Appellant contends that once he denies the jurisdiction of the Superior Court in the case and supports the negation with his oath, the burden of proving that the Superior Court has in fact jurisdiction lies with plaintiff-respondent; and, appellant adds, respondent has not furnished such proof. In my opinion, appellant gives too much weight to the filing of a declinatory exception. It is too absolute and simplistic to claim that the mere filing of the exception places the burden of proof on the complaining party, as suggested by appellant. In a proper case, it will be necessary to determine whether the mere denial by defendant

position. Il faut rappeler tout d'abord qu'en matière purement personnelle, la règle de juridiction est posée par l'art. 68 *C.p.c.*: sauf cas spéciaux y énoncés, c'est le tribunal du domicile du défendeur, et à son défaut celui de sa résidence, qui est compétent.

Sur la foi de la description des parties dans le bref et des allégués de la déclaration, portant tous deux la date du 24 janvier 1973, le défendeur-appellant semble avoir été assigné devant le tribunal compétent. Le bref décrit l'appellant comme suit: [TRADUCTION] «John Christopher Doyle, industriel, de la ville et du district de Montréal, y résidant au 1115 ouest, rue Sherbrooke». De son côté, la déclaration amendée allègue:

[TRADUCTION] QU'au moment de leur mariage, les parties étaient domiciliées dans la ville de Montréal (Québec);

QUE la dernière résidence des parties était la ville et le district de Montréal;

A première vue donc, l'assignation semble régulière.

Mais l'appellant soumet qu'il s'agit là d'apparences qui ont été réduites à néant par la production d'une exception déclinatoire le 6 février 1973 affirmant:

[TRADUCTION] Le défendeur est citoyen canadien; il réside de façon habituelle et il est domicilié dans la ville de Panama (République de Panama).

Le défendeur n'a pas de résidence dans les limites de la juridiction de la Cour supérieure de la province de Québec.

Le tout appuyé de son affidavit.

L'appellant soumet que du moment qu'il nie la juridiction de la Cour supérieure en la matière et qu'il appuie la négation de son serment, le fardeau de démontrer que la Cour supérieure a de fait juridiction pèse sur les épaules de la demanderesse-intimée. Et, ajoute l'appellant, l'intimée n'a pas fait cette démonstration. A mon sens, l'appellant donne à la production d'une exception déclinatoire un effet trop considérable. Affirmer que cette seule production impose à la partie demanderesse le fardeau que suggère l'appellant est un énoncé trop absolu et trop simpliste. Le cas échéant, il faudra déterminer si vraiment la simple dénégation par le

of the court's jurisdiction is enough to require plaintiff to show that it has this jurisdiction.

It is not necessary to examine this question in the case at bar. The evidence as a whole easily enables us to conclude that the Superior Court in fact has jurisdiction.

To negate this jurisdiction we have only defendant-appellant's affidavit, which without giving us any facts simply states that his domicile and residence are in Panama. This affidavit was signed in London and appellant was not cross-examined on this matter. This does not go very far, especially if we recall that this same deponent

(1) in 1959 swore a false oath in an attempt to give jurisdiction to the Alabama courts in the divorce proceedings instituted against his first wife;

(2) in 1970 obtained the judgment by default in Panama mentioned above, claiming he did not know where his wife was, when in fact he knew that she was still in the last common residence on the twenty-ninth floor of the Le Cartier, at the northwest corner of Sherbrooke and Peel streets in Montreal.

The least that can be said is that the affidavit submitted to us by appellant cannot carry much weight.

This is especially true as appellant, in proceedings arising from difficulties between the parties to the appeal at bar, also stated in the Supreme Court of Newfoundland in January 1974 that he was then a resident of Montreal, where he had his domicile (see 6 Nfld. & P.E.I.R. 110, and further at 6 Nfld. & P.E.I.R. 479 and 53 D.L.R. (3d) 315).

Other facts are disclosed by the record. In 1959, at the time of the marriage here in question, appellant claimed to be a United States citizen and described himself as being from Nassau, Bahamas. In 1968, in proceedings to set aside the Alabama divorce, appellant is described as a resident of Canada, and service of the summons by registered mail was made at the corner of Peel and Sherbrooke in Montreal, the record of the Alabama

défendeur de la juridiction du tribunal est suffisante pour imposer au demandeur la démonstration de l'existence de cette juridiction.

En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'étudier cette question. L'ensemble de la preuve nous permet facilement d'arriver à la conclusion que la Cour supérieure a vraiment juridiction.

Pour nier cette juridiction, nous n'avons que l'affidavit du défendeur-appelant qui, sans nous donner de faits, affirme tout simplement que son domicile et sa résidence sont à Panama. Cet affidavit fut signé à Londres et l'appelant ne fut pas contre-interrogé à son sujet. Cela est bien court, surtout si l'on se souvient que ce même déposant

(1) en 1959 a fait un faux serment pour tenter de donner juridiction aux tribunaux d'Alabama dans les procédures en divorce intentées à sa première épouse;

(2) a, en 1970, obtenu à Panama le jugement par défaut dont nous avons déjà parlé en affirmant qu'il ne savait pas où se trouvait son épouse, alors qu'il savait pertinemment que celle-ci était encore dans la dernière résidence conjugale au 29^e étage du Le Cartier, angle nord-ouest des rues Sherbrooke et Peel à Montréal.

Le moins que l'on puisse dire est que l'affidavit qui nous est soumis par l'appelant ne peut pas peser très lourd.

D'autant plus que ce même appelant, dans des procédures découlant des difficultés entre les parties au présent appel, a affirmé devant la Cour suprême de Terre-Neuve, en janvier 1974, qu'il était alors un résidant de Montréal où il avait son domicile (voir (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 110 complété par 6 Nfld. & P.E.I.R. 479 et 53 D.L.R. (3d) 315).

D'autres faits nous sont révélés par le dossier. En 1959, lors du mariage dont il est ici question, l'appelant affirmait être un citoyen des États-Unis et se décrivait de Nassau, Bahamas. En 1968, dans les procédures visant à faire mettre de côté le divorce d'Alabama, l'appelant est décrit comme un résidant du Canada et la signification par poste recommandée lui est faite coin Peel et Sherbrooke à Montréal, le dossier de la Cour d'Alabama indi-

Court indicating that an acknowledgement of receipt was signed and that the letter was stamped "for delivery only to the person to whom addressed". Lastly, in the proceedings in Panama in 1970, appellant described himself as a Canadian.

It should not be forgotten that in the divorce proceedings in Montreal, appellant is described as an "industrialist of the City and District of Montreal". He did not challenge that description, but contested first the interim order for alimentary pension and then the divorce petition itself.

As he himself alleges in his exception, appellant is a Canadian citizen. It appears that he became so between 1959 and 1970. Under the *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19, this constitutes at least a presumption that between these two dates his principal residence was established in Canada, where he then had the intention of establishing his domicile (s. 10).

Appellant is a Canadian citizen and he has a principal residence somewhere on this earth. From the evidence as a whole, it must be concluded that this principal residence is in Canada, and at the time in question it was in Montreal. It must therefore be concluded that even if the matter is governed by art. 68 *C.C.P.*, as appellant contends, the action was brought before the competent court.

In view of this conclusion, it is not necessary to dwell on appellant's propositions with respect to art. 70 *C.C.P.* If I had to do so, I would simply affirm the conclusions of the Court of Appeal, for like that Court, I believe we have here an action in declaration of nullity of marriage, and that art. 70 applies to absolute nullity as well as to relative nullity.

A final point remains which the parties have not discussed in this Court; does art. 70 *C.C.P.* lay down a rule of private international law, or merely an internal procedural rule for the purpose of dividing the workload between the districts of the Superior Court of Quebec? In view of my conclusion, I shall do as the parties have done and not analyse this aspect.

quant la signature d'un accusé de réception alors que la lettre portait la mention [TRADUCTION] «à remettre en mains propres au destinataire». Finalement, dans les procédures à Panama en 1970, l'appelant se décrit comme canadien.

Il ne faut pas oublier non plus que dans les procédures en divorce à Montréal, l'appelant est décrit comme un [TRADUCTION] «industriel de la ville et du district de Montréal». Il n'a pas attaqué cette description mais a contesté d'abord les mesures provisionnelles pour pension alimentaire et ensuite la requête en divorce elle-même.

Comme il l'allègue lui-même dans son exception, l'appelant est un citoyen canadien. Il appert qu'il l'est devenu entre 1959 et 1970. Aux termes de la *Loi sur la Citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, c. C-19, il y a là au moins une présomption à l'effet qu'entre ces deux dates, sa principale résidence a été établie au Canada où il avait alors l'intention d'établir son domicile (art. 10).

L'appelant, citoyen canadien, a une résidence principale en un endroit quelconque du globe. De l'ensemble de la preuve, il faut conclure que cette résidence principale est au Canada et à l'époque pertinente était à Montréal. Il faut donc conclure que même si la matière est régie par l'art. 68 *C.p.c.*, comme le soutient l'appelant, l'action a été intentée devant le tribunal compétent.

Devant cette conclusion, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur les propositions de l'appelant relatives à l'art. 70 *C.p.c.* Si j'avais à le faire, je confirmerais purement et simplement les conclusions de la Cour d'appel car, comme elle, je crois que nous sommes ici devant une action en déclaration de nullité de mariage et que l'art. 70 s'applique tout aussi bien aux nullités absolues qu'aux nullités relatives.

Reste un dernier point que les parties n'ont pas discuté devant nous; l'art. 70 *C.p.c.* énonce-t-il une règle de droit international privé ou simplement une règle de procédure interne visant à diviser le travail entre les districts de la Cour supérieure du Québec? Vu la conclusion à laquelle je m'arrête, je ferai comme les parties et n'analyserai pas cet aspect.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Ahern, de Brabant, Nuss & Drymer, Montreal.

Solicitors for the respondent: Chait, Salomon, Gelber, Reis, Bronstein & Litvack, Montreal.

Je renverrais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Ahern, de Brabant, Nuss & Drymer, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Chait, Salomon, Gelber, Reis, Bronstein & Litvack, Montréal.

Wendell Ross MacNeill and Francis Edward Shanahan *Appellants and Cross-Respondents;*

and

Helene Briau *Respondent and Cross-Appellant.*

1976: May 18.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF PRINCE EDWARD ISLAND IN BANCO

Appeal — Function of Appellate Court — Credibility of witnesses — Absence of error on part of trial judge.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Prince Edward Island *in banco*¹ allowing an appeal from a judgment of Bell J. at trial. Appeal dismissed. Cross-appeal allowed.

David MacLeod, for the appellants and cross-respondents.

M. A. Farmer, Q.C., for the respondent and cross-appellant.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—The appeal in this case has already been dismissed with costs. It is now necessary to consider the cross-appeal.

We are all of the opinion that, in the circumstances of this case, the Court of Appeal was in error in finding the respondent to be partly responsible for the accident which caused her injuries. The issue of the case was mainly dependent upon the credibility of the witnesses on each side, and findings were made by the trial judge in favour of the respondent. In our view the Court of Appeal failed to give due weight to those findings, but, instead, elected to retry the case. It was not entitled to disturb the findings at trial unless the trial judge had made a palpable error. In our opinion he

¹ (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 530.

Wendell Ross MacNeill et Francis Edward Shanahan *Appelants et intimés dans le pourvoi incident;*

et

Hélène Briau *Intimée et appelante dans le pourvoi incident.*

1976: le 18 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD IN BANCO

Appel — Rôle de la Cour d'appel — Crédibilité des témoins — Aucune erreur commise par le juge de première instance.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un jugement de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, *in banco*¹, accueillant un appel d'un jugement du juge Bell de première instance. Pourvoi rejeté. Pourvoi incident accueilli.

David MacLeod, pour les appelants et intimés dans le pourvoi incident.

M. A. Farmer, c.r., pour l'intimée et appelante dans le pourvoi incident.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE MARTLAND—Le pourvoi relatif à cette affaire a déjà été rejeté avec dépens. Il convient maintenant de considérer le pourvoi incident.

Nous sommes tous d'avis que dans les circonstances la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a conclu à la responsabilité partielle de l'intimée au regard de l'accident qui lui a causé des blessures. La crédibilité des témoins cités par chacune des parties a été en grande partie déterminante du sort du litige et le juge du procès a conclu en faveur de l'intimée. Nous estimons que la Cour d'appel a négligé d'apprécier les conclusions du juge du procès à leur juste valeur en ordonnant un nouveau procès. Cette dernière n'était pas fondée à modifier les conclusions du juge de première ins-

¹ (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 530.

did not. The cross-appeal is allowed and the judgment of the trial judge is restored. The respondent is entitled to costs in this Court and in the Court below. The case is returned to the Supreme Court of Prince Edward Island for the assessment of damages.

Appeal dismissed with costs, cross-appeal allowed with costs, judgment at trial restored.

Solicitors for the appellants and cross-respondents: MacLeod & MacLeod, Charlottetown.

Solicitors for the respondent and cross-appellant: Farmer, Dalzell & Farmer, Charlottetown.

tance à moins que ce dernier n'ait commis une erreur manifeste, ce qu'il n'a pas fait selon nous. Le pourvoi incident est donc accueilli et le jugement du juge du procès est rétabli. L'intimée a droit à ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel. L'affaire est renvoyée à la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard pour détermination des dommages-intérêts.

Pourvoi rejeté avec dépens, pourvoi incident accueilli avec dépens, jugement de première instance rétabli.

Procureurs des appelants et intimés dans le pourvoi incident: MacLeod & MacLeod, Charlottetown.

Procureurs de l'intimée et appelante dans le pourvoi incident: Farmer, Dalzell & Farmer, Charlottetown.

Hugh James Canning and Basil Leo Canning
Appellants;

and

C.F.M. Fuels (Ontario) Limited *Respondent.*

1976: November 23; 1976: December 20.

Present: Martland, Judson, Spence, Pigeon and
Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Contract — Sale of a business — Sale of shares — Warranty as to depreciation taken in valuation of assets — Interpretation — “Depreciation” — “Capital cost allowance under the Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148.

Appellant brothers and a third brother were sole shareholders in a small company. In connection with the sale of fifty per cent of the shares of the company a warranty was given to the purchaser that “the company has claimed on its tax returns and has reserved on its books at least the depreciation referred to in a letter . . .” The letter noted “full depreciation in the accounts” for fiscal years 1967 and 1968, estimated depreciation as a charge against retained earnings prior to 31 May 1966, and full depreciation at capital cost allowance rates to 31 May, 1968. On a claim by respondent, successor to the purchaser, for breach of the warranty, the trial judge and the Court of Appeal maintained the claim.

Held: The appeal should be allowed.

On proper construction of the warranty clause “depreciation” cannot mean “full capital cost allowance.” The latter is a tax term signifying the writing off of the capital cost of an asset as allowed by the income tax regulations, whereas the former is an accounting term signifying the writing off of the cost of an asset over its useful life. The amount set aside for depreciation on the Company’s books amounted to full depreciation in that depreciation was taken on all vehicles for the period each was *in service*. This was done at capital cost allowance rates, *i.e.* amounts allowed by the tax regulations. The warranty did not specify for use of the capital cost allowance system, but only use of its rates in computing depreciation. Accordingly, there was no breach of warranty.

Hugh James Canning et Basil Leo Canning
Appellants;

et

C.F.M. Fuels (Ontario) Limited *Intimée.*

1976: le 23 novembre; 1976: le 20 décembre.

Présents: Les juges Martland, Judson, Spence, Pigeon et
Dickson.

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

Contrat — Vente d’une entreprise — Vente d’actions — Garantie relative à l’amortissement effectué dans l’évaluation des actifs — Interprétation — «Amortissement» — Allocation du coût en capital en vertu de la Loi de l’impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148.

Les appelants, qui sont frères, étaient, avec un troisième frère, seuls actionnaires d’une petite compagnie. A la suite de la vente de cinquante pour cent des actions de la compagnie, une garantie fut donnée à l’acheteur que «la Compagnie avait réclaté dans ses déclarations d’impôt au moins la dépréciation des immobilisations mentionnée dans une lettre . . . et fait une provision dans ses livres à cet égard . . .». La lettre mentionnait la comptabilisation de la «pleine dépréciation» pour les exercices financiers 1967 et 1968, l’application, aux bénéficiaires non distribués, d’une estimation de la dépréciation jusqu’au 31 mai 1966 et la pleine dépréciation, selon les taux d’allocation du coût en capital, jusqu’au 31 mai 1968. Sur action de l’intimée, successeur de l’acheteur, pour violation de la garantie, le juge de première instance et la Cour d’appel ont accueilli la demande.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Selon une interprétation correcte de la clause de garantie, «amortissement» ne peut signifier «pleine allocation du coût en capital». Cette dernière est une expression fiscale et signifie la déduction du coût en capital d’un bien d’un montant admis par les règlements de l’impôt sur le revenu, tandis que le premier terme est un terme comptable et signifie la réduction graduelle du coût d’un bien au cours de sa vie utile. Le montant réservé à titre d’amortissement dans les livres de la compagnie équivalait à la pleine dépréciation, en ce sens que l’amortissement avait été fait sur tous les véhicules pendant la période où chacun d’eux était *en service*, et ce, aux taux d’allocation du coût en capital, c.-à-d. les montants autorisés par les règlements de l’impôt. La garantie ne portait pas spécifiquement sur l’utilisation du système de l’allocation du coût en capital, mais uniquement sur l’utilisation de ses taux dans le calcul de l’amortissement. Par conséquent, la garantie n’a pas été violée.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from a judgment of Donohue J. at trial. Appeal allowed.

J. Douglas Crane, Q.C., for the appellants.

S. G. Fisher, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The appellants are brothers. They, and a third brother, Edward Joseph Canning, were sole shareholders in a small company, Hygrade Fuels Limited, founded by their father. Hygrade Fuels was engaged in the sale at retail of fuel oil purchased from another company, Liquifuels Limited. Both companies were located in the City of Toronto. In 1968, negotiations were commenced between the appellants and Liquifuels which led to the signing of an agreement on December 4 of that year whereby liquifuels agreed to purchase all of the shareholdings of the appellants in Hygrade. The agreement gave Liquifuels a fifty per cent interest in Hygrade, the other fifty per cent remaining with Edward Joseph Canning. Following the sale, a dispute arose as to the construction of a warranty clause contained in the sale agreement and the present proceedings were instituted. The respondent, C.F.M. Fuels (Ontario) Limited, is successor to Liquifuels.

The price of shares, set out in the agreement, \$371.89 per share, was based on the net book value of the shares as shown on the financial statement of Hygrade for the fiscal year, ended May 31, 1968, plus goodwill valued at \$344,000, all subject to readjustment with respect to any undisclosed liabilities.

Provision was made in the agreement for a holdback of \$50,000 as security for the performance of the vendors' obligations under covenants contained in the agreement relating to accounts receivable and to furnace finance accounts. Some time after the closing the respondent paid the appellants the amount of the holdback, less adjustments. The respondent also retained out of the holdback the sum of \$21,882 which it claimed by

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rejetant un appel du jugement de première instance du juge Donohue. Pourvoi accueilli.

J. Douglas Crane, c.r., pour les appelants.

S. G. Fisher, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Les appelants sont frères. Avec un troisième frère, Edward Joseph Canning, ils étaient seuls actionnaires d'une petite compagnie, Hygrade Fuels Limited, fondée par leur père. Hygrade Fuels pratiquait la vente au détail de mazout acheté à une autre compagnie, Liquifuels Limited. Le siège des deux compagnies était à Toronto. En 1968, les appelants entamèrent des pourparlers avec Liquifuels qui aboutirent, le 4 décembre 1968, à la signature d'un contrat aux termes duquel Liquifuels acceptait d'acheter toutes les actions de Hygrade appartenant aux appelants. Ce contrat donnait à Liquifuels une part de cinquante pour cent dans Hygrade, alors que Edward Joseph Canning conservait l'autre part. Après la vente, un différend s'est élevé au sujet de l'interprétation d'une clause de garantie incluse dans l'acte de vente et cette procédure fut instituée. L'intimée, C.F.M. Fuels (Ontario) Limited, est le successeur de Liquifuels.

Le prix de \$371.89 l'action, fixé dans le contrat, se fondait sur la valeur comptable nette des actions ainsi qu'elle ressortait de l'état financier de Hygrade pour l'exercice terminé le 31 mai 1968, majorée d'un achalandage évalué à \$344,000, le tout sujet à rajustement pour tout passif non déclaré.

Le contrat prévoyait une retenue de \$50,000 en garantie d'exécution des obligations des vendeurs résultant des stipulations concernant les comptes à recevoir et les comptes relatifs au financement de chaudières. Quelque temps après la signature du contrat, l'intimée remit aux appelants le montant de la retenue, moins les rajustements. Elle déduisit également de la retenue \$21,882 pour la prétendue

reason of alleged breach by appellants of a warranty contained in para. 3(g) of the agreement.

During argument, there was discussion as to the right of the respondent to retain the warranty claim out of the holdback. In its pleadings the respondent also claimed the sum by way of set-off or counterclaim. In view of the conclusion I have reached on the main issue in the appeal, I do not think that we need consider further the niceties of pleading and the respective burdens of proof, other than to say that the appellants would appear to have assumed throughout the burden of proving their entitlement to the monies in dispute, whereas I should have thought that burden was properly that of the respondent.

The warranty clause in contention reads:

(g) The Company's inventory has been valued for at least the last five (5) fiscal years at the lower of cost or market in accordance with sound accounting principles consistently applied, and *the Company has claimed on its tax returns and has reserved on its books at least the depreciation on fixed assets referred to in a letter from the Company's auditors to the Purchaser dated the 5th day of November, 1968.* [Emphasis added.]

The letter to which reference is made reads:

5th November 1968.

Mr. J. M. McLean,
Liquifuels Limited,
347 Bay Street,
Toronto 1, Ontario.

Dear Sir:

Re: Hygrade Fuels Limited

We understand that you have requested assurance from Mr. Hugh Canning that full depreciation has been provided to 31st May 1968 in the accounts of the subject company.

No depreciation had been provided in the accounts to 31st May 1966 which was prior to our engagement as auditors. We provided full depreciation in the accounts for the fiscal years 1967 and 1968. We provided in the 1967 statements as a charge against retained earnings our estimate of the depreciation which had not been provided for to 31st May 1966.

inexécution par les appelants d'une garantie stipulée à l'art. 3g) du contrat.

Les débats ont porté notamment sur le droit de l'intimée de déduire la garantie réclamée du montant de la retenue. Dans sa plaidoirie, l'intimée a également réclamé la somme par voie de compensation ou de demande reconventionnelle. Vu ma conclusion sur l'objet principal du pourvoi, je ne crois pas qu'il y ait lieu de s'étendre davantage sur les finesses de la plaidoirie et sur la charge respective de la preuve, si ce n'est pour dire que les appelants semblent avoir assumé la charge de prouver leur droit à la somme en litige, alors que j'aurais cru que cette charge incombait à l'intimée.

La clause de garantie litigieuse stipule:

[TRADUCTION] g) Les stocks de la compagnie ont été évalués, pour au moins les cinq derniers exercices financiers, au moindre de leur coût ou du prix du marché conformément aux principes comptables reconnus et la Compagnie a réclamé dans ses déclarations d'impôt au moins la dépréciation des immobilisations mentionnée dans une lettre des vérificateurs à l'acheteur en date du 5 novembre 1968 et fait une provision dans ses livres à cet égard. (Les italiques sont de moi.)

Voici la lettre en question:

[TRADUCTION]

Le 5 novembre 1968.

M. J. M. McLean,
Liquifuels Limited,
347, rue Bay,
Toronto 1 (Ontario).

Monsieur,

Re: Hygrade Fuels Limited

Il semble que vous ayez demandé à M. Hugh Canning l'assurance qu'une provision pour la pleine dépréciation a été faite jusqu'au 31 mai 1968 dans les comptes de la compagnie susdite.

Aucune dépréciation n'a été comptabilisée jusqu'au 31 mai 1966, soit antérieurement à notre engagement comme vérificateurs. Pour les exercices financiers 1967 et 1968, nous avons comptabilisé la pleine dépréciation. Dans les états comptables de 1967, nous avons appliqué aux bénéfices non distribués notre estimation de la dépréciation qui n'avait pas été comptabilisée jusqu'au 31 mai 1966.

To the best of our knowledge, full depreciation (using capital cost allowance rates) has been provided in the accounts to 31st May 1968.

Yours very truly,

SMITH, NIXON & CO.
per "J. H. Nixon"
"per FB"

JHN:fb
c.c. Mr. Hugh Canning

The circumstances giving rise to the letter and the warranty are these: During the negotiations, Mr. Hugh Canning, one of the vendors, received a telephone call from a Mr. McLean, who was the principal negotiator for Liquifuels, requesting certain financial information. Mr. Canning referred Mr. McLean to the auditor for Hygrade, Mr. J. H. Nixon. Mr. McLean advised Mr. Nixon that Mr. John Taylor, president of Liquifuels, was concerned that the income tax rate of depreciation, namely thirty per cent, had been taken on the Hygrade vehicles. Mr. McLean explained that Mr. Taylor had found from experience that some companies that had been purchased by Liquifuels had only depreciated their fleet at the rate of ten per cent or fifteen per cent per annum and this rate of depreciation did not reflect the true value of the fleet. Mr. Taylor considered that a thirty per cent rate of depreciation gave a reasonably good indication of fair market value of the assets. Mr. McLean asked Mr. Nixon to send a letter stating that full depreciation had been provided. The letter of November 5, 1968 was in response to that request. The question whether the depreciation shown on the financial statements of Hygrade was identical with the amount claimed as capital cost allowance on the income tax returns of that company was never discussed by Mr. McLean and Mr. Nixon. Yet it is that question which is central to this appeal.

Some time after closing it came to the attention of Liquifuels that, whereas the value of the fixed assets, less depreciation, of Hygrade according to the balance sheet as at May 31, 1968 amounted to \$138,779 the capital cost allowance claimed in the Company's income tax returns was such that unde-

Pour autant que nous sachions, la pleine dépréciation (selon les taux d'allocation du coût en capital) a été inscrite dans les comptes au 31 mai 1968.

Je vous prie d'agréer, Monsieur, l'assurance de mes salutations distinguées.

SMITH, NIXON & CO.
par «J. H. Nixon»
«par FB»

JHN:fb
c.c. M. Hugh Canning

Les circonstances qui ont donné lieu à la lettre et à la garantie sont les suivantes: pendant les pourparlers, M. Hugh Canning, l'un des vendeurs, reçut un coup de téléphone d'un certain McLean, principal négociateur pour Liquifuels, qui demandait certains renseignements financiers. M. Canning renvoya M. McLean au vérificateur de Hygrade, M. J. H. Nixon. M. McLean fit savoir à M. Nixon que M. John Taylor, président de Liquifuels, voulait s'assurer que le taux d'amortissement prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, soit trente pour cent, avait été appliqué aux véhicules de Hygrade. M. McLean expliqua que l'expérience avait montré à M. Taylor que certaines compagnies achetées par Liquifuels avaient amorti leur parc automobile seulement au taux de dix pour cent ou quinze pour cent par an et que ce taux n'en reflétait pas la dépréciation réelle. M. Taylor jugeait qu'un taux d'amortissement de trente pour cent donnait une indication raisonnable de la valeur marchande des biens. M. McLean demanda à M. Nixon d'envoyer une lettre l'assurant qu'une provision pour la pleine dépréciation avait été effectuée. La lettre du 5 novembre 1968 faisait suite à cette demande. M. McLean et Nixon ne discutèrent pas de la question de savoir si la provision indiquée dans les états financiers de Hygrade était identique au montant réclamé à titre d'allocation du coût en capital dans les déclarations d'impôt de cette compagnie. Cette question est pourtant au centre de ce pourvoi.

Quelque temps après la signature du contrat, Liquifuels apprenait qu'alors que la valeur des immobilisations de Hygrade, amortissement déduit, se montait à \$138,779 selon le bilan au 31 mai 1968, l'allocation du coût en capital dans la déclaration d'impôt sur le revenu de la compagnie

preciated capital cost of fixed assets amounted to \$95,014, a difference of \$43,765. The price of the common shares would have been reduced by \$43,765 if, as the respondent contends, the undepreciated value of fixed assets should have been shown on the balance sheet as \$95,014 and not \$138,779.

The respondent, as purchaser of a fifty per cent interest in Hygrade, claims it overpaid fifty per cent of \$43,765 or \$21,882. The validity of this claim rests upon the construction of the warranty clause and letter.

Before examining in more detail the clause in question and Mr. Nixon's letter, it might be well to mention that Mr. Nixon became auditor of Hygrade in 1967. His appointment was recommended by an officer of Liquifuels. At the time of appointment, the financial records of Hygrade were in a sorry state. Depreciation had not been provided for in the accounts to May, 1966. Mr. Nixon was instructed to put the books in proper order. He accordingly obtained particulars of the approximate cost of each vehicle in the Hygrade fleet and its date of acquisition. He then set up on the books of the Company a depreciation item for each vehicle, computed on a reducing balance basis at a rate of thirty per cent per annum, the maximum rate allowed for income tax purposes and for the period the vehicle was in service. This resulted in an increase on the books of an additional \$115,000 in depreciation. Relying upon all of this, Mr. Nixon assured Mr. McLean that full depreciation had been provided in the accounts to May 31, 1968.

The capital cost allowance claimed on the income tax returns of Hygrade was computed on different basis. The *Income Tax Act* and regulations thereunder permit a taxpayer to claim capital cost allowance in respect of vehicles at a rate of thirty per cent on the reducing balance but the tax regulations are generous in the sense that they permit a claim for a full year's capital cost allowance although the vehicle may have been purchased on the last day of the year. The significance of this becomes apparent by an example. Assume the purchase of a vehicle worth \$10,000 on

était telle que la fraction non amortie du coût en capital des immobilisations se chiffrait à \$95,014, soit une différence de \$43,765. Le prix des actions ordinaires aurait été réduit de \$43,765 si, comme le prétend l'intimée, la fraction non amortie des immobilisations portée au bilan avait été de \$95,014 et non de \$138,779.

L'intimée, en tant qu'acheteuse d'une part de cinquante pour cent dans Hygrade, soutient qu'elle a surpayé cinquante pour cent de \$43,765, soit \$21,882. Le bien-fondé de cette prétention dépend de l'interprétation de la clause de garantie et de la lettre.

Avant d'examiner plus en détail la clause en question et la lettre de M. Nixon, il serait bon de souligner que ce dernier est devenu vérificateur de Hygrade en 1967, sur la recommandation d'un membre de la direction de Liquifuels. Au moment de sa nomination, les livres de Hygrade étaient en piteux état. Jusqu'en mai 1966, la comptabilité ne faisait pas état de la dépréciation. M. Nixon fut chargé d'y mettre de l'ordre. Il obtint donc des renseignements sur le prix approximatif et la date d'achat des véhicules de Hygrade. Il porta alors aux livres de la compagnie, pour chaque véhicule, un amortissement calculé selon la méthode du solde dégressif au taux de trente pour cent par an, taux maximal autorisé au titre de l'impôt sur le revenu et ce, pour la période depuis laquelle le véhicule était en service. Il en résulta, dans les livres, une augmentation de \$115,000 de l'amortissement. S'appuyant sur tout cela, M. Nixon assura M. McLean qu'une provision pour la pleine dépréciation avait été effectuée dans les comptes jusqu'au 31 mai 1968.

L'allocation du coût en capital figurant dans les déclarations d'impôt sur le revenu de Hygrade était calculée selon une méthode différente. Pour les véhicules, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ses règlements d'application permettent à un contribuable de déduire une allocation du coût en capital au taux de trente pour cent sur le solde dégressif, mais les règlements sont généraux en ce sens qu'ils autorisent la déduction de l'allocation du coût en capital pour une année entière même si le véhicule a été acheté le dernier jour de l'année. Un exemple illustre l'importance de ce qui précède. Supposons

December 1 of any year. If a company wishes to depreciate the vehicle according to the time the vehicle is in service, directly matching cost to income, the depreciation taken at year end on December 31 would amount to \$250 being thirty per cent of \$10,000 for one twelfth of a year. On the other hand, for income tax purposes the company could claim \$3,000, being thirty per cent of \$10,000. For this and other reasons, the depreciation claimed on the books of any company and the capital cost allowance claimed on the income tax returns are often substantially different figures.

Turning now to the warranty clause, the trial judge, Donohue J., dismissed the plaintiffs action and allowed the counterclaim of C.F.M. Fuels. I refer to the judgment at trial because the Court of Appeal for Ontario in large measure merely adopted the views of the trial judge. The two following passages embody the gist of his judgment.

I believe that the clear implication of this wording in the warranty is that the depreciation shown in the income tax returns and that shown on the books of Hygrade which would include the financial statement for May 31st, 1968, is the same figure. Obviously it is not.

I find, therefore, that Mr. Hugh Canning and his co-plaintiff knew about the substantial difference between the two values mentioned above, yet they warranted, as I have found, that these values were the same. This is quite enough to conclude the case in favour of the defendant.

The difficulties which I have with this language are two-fold. First, C.F.M. Fuels did not contend at trial, or before this Court, that the vendors had warranted the depreciation on the Company books and the capital cost allowance on the tax returns to be the same figure: the contention was that the warranty assured that full depreciation would be taken on the Company books in accordance with the entire capital cost allowance "system" and that that had not been done. Mr. Taylor, through his counsel, denied it was the respondent's position

l'achat d'un véhicule d'une valeur de \$10,000, le 1^{er} décembre d'une année quelconque. Si la compagnie veut amortir le véhicule au prorata de la période pendant laquelle il a été en service, pour que le coût en soit directement relié au revenu, l'amortissement effectué en fin d'année, le 31 décembre, se monte à \$250, soit trente pour cent de \$10,000 pour un douzième d'année. Par contre, aux fins de l'impôt sur le revenu, la compagnie peut réclamer \$3,000, soit trente pour cent de \$10,000. Pour ce motif et pour d'autres, l'amortissement indiqué dans la comptabilité d'une compagnie et l'allocation du coût en capital figurant dans les déclarations d'impôt donnent souvent des chiffres très différents.

Pour ce qui est de la clause de garantie, le juge Donohue, en première instance, a rejeté l'action des demandeurs et a accueilli la demande reconventionnelle de C.F.M. Fuels. Je me réfère au jugement de première instance parce que, dans une large mesure, la Cour d'appel de l'Ontario a simplement adopté les motifs du juge de première instance. Les deux passages suivants renferment les éléments essentiels de son jugement.

[TRADUCTION] Je crois que le libellé de la garantie implique clairement que la dépréciation figurant dans les déclarations d'impôt sur le revenu doit être égale à la dépréciation inscrite dans la comptabilité de Hygrade, y compris l'état financier au 31 mai 1968. Il est évident que ce n'est pas le cas.

Je conclus, par conséquent, que M. Hugh Canning et son co-demandeur savaient que les deux chiffres susmentionnés étaient considérablement différents et malgré cela, comme je l'ai constaté, ils ont garanti qu'ils étaient identiques. Cela suffit pour donner gain de cause à la défenderesse.

Les difficultés que soulève ce texte sont de deux ordres. Premièrement, C.F.M. Fuels n'a pas prétendu en première instance ni devant cette Cour que les vendeurs avaient garanti que la dépréciation indiquée dans la comptabilité de la compagnie était égale à l'allocation du coût en capital figurant dans la déclaration d'impôt: sa prétention était que la garantie assurait qu'une pleine dépréciation serait inscrite dans la comptabilité de la compagnie conformément au «système» de l'allocation du coût en capital et que cela n'avait pas été

that the appellants had warranted identical figures:

Q. Then it is your allegation that the letter and the contract combined together to make the Plaintiffs warrant that the income tax depreciation and the depreciation on the books is identical?

A. No.

Secondly, at no time has C.F.M. Fuels taken the position that Mr. Hugh Canning and his co-plaintiff knew about the substantial difference between the two values. They denied such knowledge, and counsel for C.F.M. Fuels conceded at trial that they did not know of the difference. Hugh Canning testified that it never crossed his mind that there was a difference between the depreciation on the Financial Statements and undepreciated capital cost, because he was not knowledgeable in accounting matters. Counsel for the respondent said during cross-examination of Mr. Canning that he did not suggest, for a moment, that Mr. Canning had been trying to deceive anybody. Counsel said repeatedly that his clients were not alleging misconduct on the part of anyone. For the respondent, no one ever inquired whether the depreciation on the books was identical with the capital cost allowance claimed on the tax returns and no one examined those returns prior to closing. Mr. Taylor was asked during discovery:

Q. 220 And if I can read, 'At no time was Mr. Canning asked to confirm nor was it indicated that the depreciation shown on the balance sheet was the same as the capital cost allowance shown on the income tax return.' Is that statement correct, Mr. Taylor?

He replied:

As far as I am concerned, it is. You see, it wouldn't prove anything if it had been.

The case for C.F.M. Fuels does not rest upon misrepresentation, innocent or otherwise. Counsel simply says that on a proper construction, the warranty clause entitles the purchaser to claim that depreciation on the books of the Company should have been computed in the same manner as

fait. M. Taylor, par l'intermédiaire de son avocat, a nié que les appelants avaient garanti des chiffres identiques:

[TRADUCTION] Q. Ainsi, vous avancez que par la combinaison de la lettre et du contrat, les demandeurs ont garanti que la dépréciation aux fins de l'impôt sur le revenu et celle inscrite dans la comptabilité étaient identiques.

R. Non.

Deuxièmement, à aucun moment C.F.M. Fuels n'a prétendu que M. Hugh Canning et son co-demandeur étaient au courant de la différence considérable entre les deux montants. Ils ont nié en avoir eu connaissance et l'avocat de C.F.M. Fuels a reconnu en première instance qu'ils l'ignoraient. Hugh Canning a témoigné qu'il ne lui était jamais venu à l'esprit qu'il pouvait y avoir une différence entre la dépréciation indiquée dans les états financiers et la fraction non amortie du coût en capital, parce qu'il ne s'entendait pas en comptabilité. L'avocat de l'intimée a déclaré pendant le contre-interrogatoire de M. Canning qu'il ne voulait pas le moins du monde suggérer que ce dernier avait essayé de tromper qui que ce soit. Il a déclaré à diverses reprises que ses clients ne prétendaient pas que quiconque s'était mal conduit. Pour l'intimée, personne n'a jamais demandé si la dépréciation comptabilisée était égale à l'allocation du coût en capital figurant dans les déclarations d'impôt et personne n'a examiné ces déclarations avant la signature du contrat. Pendant l'examen préalable on a demandé à M. Taylor:

[TRADUCTION] Q. 220 Je lis: «À aucun moment on n'a demandé à M. Canning de confirmer, pas plus qu'on n'a déclaré que la dépréciation inscrite au bilan était égale à l'allocation du coût en capital indiquée dans la déclaration d'impôt». Cette déclaration est-elle exacte, M. Taylor?

Il a répondu:

[TRADUCTION] En ce qui me concerne, oui. Voyez-vous, cela ne prouverait rien s'il l'avait été.

Pour C.F.M. Fuels, le litige n'est pas fondé sur une fausse déclaration, de bonne foi ou pas. L'avocat déclare simplement que selon une interprétation logique, la clause de garantie autorise l'acheteur à faire valoir que la dépréciation comptabilisée par la compagnie aurait dû être

capital cost allowance for the purposes of the *Income Tax Act*. That is the issue.

The Court of Appeal for Ontario affirmed the judgment at trial, in these words:

The purchaser took the position that the company had warranted that the value of the fixed assets reserved on the books of the company would be determined after deducting from cost of full amount allowed for capital cost allowance, pursuant to the provisions of the *Income Tax Act*. In other words, the value of the fixed assets as set forth in the income tax returns would be the same as that reserved on the books of the company.

The learned trial Judge accepted that submission and found in favour of the purchaser, and we are all of the opinion that he was correct in so doing.

Reverting to the clause in question wherein it was warranted that the company had claimed on its tax returns and had reserved on its books at least the depreciation of fixed assets referred to in the auditor's letter, it is clear, in our opinion, that what was warranted there was that the books of the company would reflect the same value for fixed assets as was provided for in the income tax returns. In the letter previously referred to, the words "full depreciation" are used throughout, accompanied by a reference to the use of capital cost allowance rates.

In seeking to interpret the warranty clause, one must first have regard to Mr. Nixon's letter of November 5, 1968. The first point to note is that the word "depreciation" is used no less than five times; the words "capital cost allowance" are used once, in parenthesis, and in respect of rates only.

"Depreciation" is an accounting term. It signifies, according to the evidence, the writing-off of the cost of an asset over its useful life. Mr. P. H. Lyons, a chartered accountant, and an expert witness for the respondent, was asked: "Are we on common ground that the depreciation is an auditing word and not a tax word?" He replied: "Yes, it hasn't been a tax word since 1948." Capital cost allowance, on the other hand, is a tax term signifying the writing-off of the capital cost of an asset in an amount allowed by income tax regulations. There is no necessary connection between

calculée comme l'a été l'allocation du coût en capital en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Telle est la question en litige.

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le jugement de première instance en ces termes:

[TRADUCTION] L'acheteur a soutenu que la compagnie avait garanti que la valeur des immobilisations figurant dans les livres de la compagnie serait fixée après déduction de leur coût du plein montant de l'allocation du coût en capital autorisé par les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En d'autres termes, la valeur des immobilisations indiquée dans les déclarations d'impôt sur le revenu serait la même que celle se trouvant dans la comptabilité de la compagnie.

Le savant juge de première instance a accepté ce moyen et s'est prononcé en faveur de l'acheteur; nous sommes tous d'avis qu'il avait raison de le faire.

Revenons à la clause en question qui garantissait que la compagnie s'était prévaluée dans ses déclarations d'impôt d'au moins la dépréciation des immobilisations dont il est question dans la lettre du vérificateur et avait fait une provision dans ses livres à cet égard. Il est clair, à notre avis, qu'il était garanti que la comptabilité de la compagnie montrerait une valeur des immobilisations égale à celle figurant dans les déclarations d'impôt sur le revenu. Dans la lettre précitée, l'expression «pleine dépréciation» est toujours utilisée accompagnée d'un renvoi à l'utilisation des taux de l'allocation du coût en capital.

Pour interpréter la clause de garantie, il faut d'abord prendre en considération la lettre de M. Nixon en date du 5 novembre 1968. Le premier point à signaler est que le mot «dépréciation» ne se trouve pas moins de cinq fois; l'expression «allocation du coût en capital» est utilisée une fois, entre parenthèses, et au sujet des taux seulement.

«Amortissement» est un terme comptable. Selon la preuve, il signifie la réduction graduelle du coût d'un bien au cours de sa vie utile. On a demandé à M. P. H. Lyons, un comptable et témoin expert pour l'intimée: [TRADUCTION] «Sommes-nous d'accord que le mot amortissement relève de la vérification comptable et non de la fiscalité?» Il a répondu: [TRADUCTION] «Oui, ce n'est plus un terme fiscal depuis 1948». Par contre, «allocation du coût en capital» est une expression fiscale signifiant la déduction du coût en capital d'un bien d'un montant admis par les règlements de l'impôt sur le

depreciation and capital cost allowance. It would appear from the evidence that it would be entirely fortuitous, or the result of a deliberate company policy, if the two were found to be identical. It seems to me that Mr. Nixon was quite in order in saying that the Company had taken full depreciation when it is understood that depreciation was taken on all vehicles for the period each was in service and at maximum rate of thirty per cent. He was also correct in saying that capital cost allowance rates had been used, that is to say, thirty per cent in respect of vehicles and at rates allowed by the tax regulations for other fixed assets. If, instead of the phrase "(using capital cost allowance rates)", Mr. Nixon had spelled out the actual rates to which he was referring, so that the crucial paragraph of his letter read: "To the best of our knowledge, full depreciation (using thirty per cent on vehicles, twenty per cent on plant and equipment, ten per cent on buildings and coal yard) has been provided in the accounts to 31st May 1968"; the cornerstone of respondent's case would be gone. The words in fact used, the words in brackets, refer only to "rates" and I can see no reason, in principle or otherwise, why they should be distorted to mean "(using the capital cost allowance system)". Should Hygrade Fuels or Mr. Nixon be faulted for failing to take depreciation on vehicles for periods during which the vehicles were not owned by Hygrade? Surely the words "full depreciation" do not lead to such an extravagant result.

Passing then to para. 3(g), by which the vendors represent and warrant that the Company has claimed on its tax returns and has reserved on its books at least the depreciation on fixed assets referred to in the letter dated November 5, 1968. The words "at least" should not be overlooked. If it had been the intention of the draftsman of para. 3(g), that the books of the Company would reflect the same value for fixed assets as the income tax returns, one can only say that he chose strange wording to effect his purpose. Why would he not

revenu. Il n'y a pas nécessairement de lien entre l'amortissement et l'allocation du coût en capital. Il ressort de la preuve que si les deux sont identiques, c'est uniquement un effet du hasard ou le résultat d'une décision administrative délibérée de la compagnie. Il me semble que M. Nixon avait raison de dire que la compagnie avait fait une provision pour la pleine dépréciation puisqu'il est entendu que l'amortissement avait été fait, au taux maximal de trente pour cent, sur tous les véhicules pendant la période où chacun d'eux était en service. Il avait également raison de dire que l'on avait utilisé les taux d'allocation du coût en capital, c'est-à-dire trente pour cent pour les véhicules et les taux admis par les règlements de l'impôt pour les autres immobilisations. Si, au lieu d'utiliser l'expression [TRADUCTION] «selon les taux d'allocation du coût en capital», M. Nixon avait spécifié les taux auxquels il se référerait et avait dit dans le paragraphe décisif de sa lettre: [TRADUCTION] «Pour autant que nous sachions, la pleine dépréciation (aux taux de trente pour cent pour les véhicules, de vingt pour cent pour les installations et pour l'équipement, dix pour cent pour les bâtiments et le dépôt de charbon) a été effectuée dans les comptes au 31 mai 1968», la pierre angulaire de la défense de l'intimée se serait effondrée. L'expression utilisée, et mise entre parenthèses, se rapporte uniquement aux «taux» et je ne vois aucune raison théorique ou autre de la déformer pour y lire: «(utilisant le système d'allocation du coût en capital)». Doit-on considérer Hygrade Fuels ou M. Nixon en défaut pour avoir omis d'amortir des véhicules pendant des périodes où ils n'en étaient pas propriétaires? L'expression «pleine dépréciation» ne conduit certainement pas à une conclusion aussi extravagante.

Passons maintenant au par. 3g), dans lequel les vendeurs garantissent expressément que la compagnie a réclamé dans ses déclarations d'impôt au moins la dépréciation des immobilisations mentionnée dans la lettre du 5 novembre 1968 et fait une provision dans ses livres à cet égard. Les mots «au moins» ne doivent pas être négligés. Si le rédacteur du par. 3g) a voulu dire que les livres de la compagnie indiquent pour les immobilisations la même valeur que celle indiquée dans les déclarations d'impôt sur le revenu, on peut simplement

have stated merely that the Company had reserved on its books "full capital cost allowance," or that the Company had depreciated fixed assets to the maximum allowed under the *Income Tax Act*? If the "depreciation" referred to in para. 3(g) means "full capital cost allowance," what purpose then is served by "at least"? If, as I deem, the amount set aside for depreciation on the Company's books amounted to full depreciation, then of course there had been no breach of the warranty, for *that* is the amount claimed on the books and "at least" that amount, indeed a greater amount, was claimed in the tax returns. One might perhaps wonder why a purchaser would want to be assured that "at least" a certain amount had been claimed on the tax returns when his interest lay in minimizing rather than maximizing the claim for capital cost allowance but the language is that of the purchaser, in the letter of intent and in the formal agreement, and the purchaser must be taken to have used the language advisedly.

A bulletin of the Institute of Chartered Accountants recognizes the difference between depreciation and capital cost allowance. Where the profit shown on the financial statement of a company is greater than that reported for income tax purposes, by reason of the company claiming a greater amount of capital cost allowance for tax purposes than claimed on the books for depreciation, a deferred income tax item must be shown on the financial statement. Such a notation is not required in respect of a company in a loss-carried-forward position, such as Hygrade as at May 31, 1968.

The appellants submitted that, even if there had been a breach of warranty, it was incumbent upon the respondent to prove damages and that on the undisputed facts the respondent did not suffer damage. At the time of the purchase, Hygrade had a tax loss of some \$66,000, of which the respondent was unaware until after the closing, which served to offset later profits and reduce subsequent tax liability of Hygrade by an amount in excess of

dire que le texte s'accorde mal à sa pensée. Pourquoi ne pas avoir simplement déclaré que la compagnie avait inscrit dans ses livres [TRADUCTION] «la pleine allocation du coût en capital» ou que la compagnie avait amorti les immobilisations au taux maximal admis par la *Loi de l'impôt sur le revenu*? Si «la dépréciation» dont il est question au par. 3g) signifie «pleine allocation du coût en capital», à quoi servent les mots «au moins»? Si, comme je le pense, le montant réservé à titre de dépréciation dans les livres de la compagnie équivaut à la pleine dépréciation, il n'y a évidemment pas eu violation de la garantie car *cela* est le montant figurant dans les livres et ce montant «au moins», en fait un montant supérieur, a été réclamé dans les déclarations d'impôt. On peut sans doute se demander pourquoi un acheteur voudrait être sûr qu'«au moins» un certain montant a été réclamé dans les déclarations d'impôt, alors qu'il est de son intérêt de minimiser plutôt que de porter au maximum la déduction pour allocation du coût en capital. Mais il s'agit là des expressions employées par l'acheteur dans la lettre d'intention et dans l'accord formel et il faut présumer que l'acheteur les a utilisées en connaissance de cause.

Un bulletin de l'Institut des comptables agréés reconnaît la différence entre la dépréciation et l'allocation du coût en capital. Un poste pour impôt différé doit figurer dans l'état financier d'une compagnie quand le bénéfice qui y est indiqué est supérieur à celui déclaré aux fins de l'impôt sur le revenu et ce, parce que la compagnie a réclamé au titre de l'allocation du coût en capital aux fins d'impôt un montant supérieur à celui qu'elle a déduit dans ses livres pour la dépréciation. Une telle mention n'est pas exigée dans le cas d'une compagnie qui a des pertes à reporter, comme c'était le cas de Hygrade au 31 mai 1968.

Les appelants ont plaidé que même s'il y avait eu violation de la garantie, il incombait à l'intimée de prouver l'existence d'un préjudice et que, selon les faits reconnus, l'intimée n'en avait pas subi. Au moment de l'achat, Hygrade avait une perte fiscale de quelque \$66,000, dont l'intimée n'eut connaissance qu'après la signature et qui, imputée à des profits ultérieurs, a servi à réduire les obligations fiscales subséquentes de Hygrade d'un mon-

the \$21,882 set off. It was also submitted that the true purpose of the warranty was to ensure that the value paid for the fleet of vehicles did not exceed fair market value; that appraisals showed the fair market value to be in excess of the net book value on the Financial Statements; therefore no damage. As the warranty was not breached, in my opinion, it is unnecessary to consider these further submissions.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and substitute judgment in favour of the appellants for \$21,882 plus, as agreed upon by the parties, interest at six and three-quarters per centum from December 4, 1968. The appellants are entitled to costs throughout. The respondent's counterclaim should be dismissed without costs.

Appeal allowed with costs; counter claim dismissed without costs.

Solicitors for the appellants: Carrick, O'Connor, Coutts & Crane, Toronto.

Solicitors for the respondent: McMillan, Binch, Toronto.

tant supérieur aux \$21,882 de compensation. On a également plaidé que le vrai but de la garantie était d'assurer que le montant payé pour le parc automobile n'excédait pas sa juste valeur marchande; que les évaluations ont démontré que cette dernière excédait la valeur comptable nette inscrite aux états financiers; qu'il n'y avait, par conséquent, aucun préjudice. Vu qu'à mon avis la garantie n'a pas été violée, il n'est pas nécessaire d'examiner ces autres moyens.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de le remplacer par un arrêt en faveur des appelants pour \$21,882 plus, comme convenu entre les parties, les intérêts à six et trois quarts pour cent à compter du 4 décembre 1968. Les appelants ont droit aux dépens dans toutes les cours. La demande reconventionnelle de l'intimée doit être rejetée sans dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens; demande reconventionnelle rejetée sans dépens.

Procureurs des appelants: Carrick, O'Connor, Coutts & Crane, Toronto.

Procureurs de l'intimée: McMillan, Binch, Toronto.

George Hubert Powell *Appellant*;

and

Viola M. Cockburn *Respondent*.

1975: May 7; 1976: April 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Conflict of laws — Divorce — Recognition of foreign decrees — Jurisdiction — Fraud in obtaining divorce — Fraud going to the merits — Fraud going to the jurisdiction.

Evidence — Presumptions — Burden of proof — Successive presumptions — Alternating duty to adduce evidence — Effect of evidence on presumptions — Probative force of presumptions.

In response to an action taken by appellant for a declaration that the marriage was void by reason of a subsisting marriage of the wife to Cockburn, the wife pleaded that the earlier marriage had been dissolved by decree of divorce in Michigan on April 24, 1947. The trial judge found that Cockburn was at the date of his filing for divorce domiciled in Ontario not in Michigan, that he had not satisfied the Michigan residence requirement of one year *bona fide* residence prior to filing and that his case in the Michigan Court was wholly fraudulent. On the basis of these findings, the trial judge refused recognition of the U.S. decree, declared Powell free of the marriage and set aside a maintenance order in favour of the wife. The Court of Appeal was not convinced that the evidence justified the inferences that Cockburn had not abandoned his domicile of origin in Ontario acquiring a domicile of choice in Michigan or that he had not resided in Michigan for the statutory period of one year.

Held (Judson J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Spence, Dickson and Beetz JJ: Three presumptions operate. They are in favour of: (i) the validity of marriage, (ii) the validity of a foreign divorce decree and (iii) the domicile of origin. They do not cancel nor conflict; the effect is to impose a duty on the party against whom they operate to adduce some evidence on the issue. Accordingly, as that had been

George Hubert Powell *Appellant*;

et

Viola M. Cockburn *Intimée*.

1975: le 7 mai; 1976: le 1^{er} avril.

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

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

Droit international privé — Divorce — Reconnaissance d'un jugement étranger — Compétence — Fraude dans l'obtention du divorce — La fraude porte sur le fond du litige — Fraude affectant la compétence du tribunal.

Preuve — Présomptions — Fardeau de la preuve — Présomptions successives — Alternance du fardeau de la preuve — Effet de la preuve sur les présomptions — Force probante des présomptions.

En défense à une action intentée par l'appelant en vue de faire annuler son mariage en raison du mariage existant de l'intimée avec Cockburn, l'épouse a déclaré que son union avec ce dernier avait été dissoute par un jugement de divorce rendu dans l'État du Michigan le 24 avril 1947. Le juge de première instance a conclu que Cockburn était domicilié en Ontario et non au Michigan lorsqu'il a présenté sa requête en divorce, qu'il n'avait pas rempli les conditions de résidence pour obtenir un divorce dans l'État du Michigan, où il n'avait pas résidé de bonne foi pendant les douze mois précédant immédiatement le dépôt de la requête et que sa requête devant la Cour du Michigan était entièrement frauduleuse. Pour ces motifs, le juge de première instance a refusé de reconnaître le jugement de divorce, a déclaré Powell dégagé des liens du mariage et a annulé une ordonnance de soutien en faveur de l'épouse. La Cour d'appel n'était pas convaincue que la preuve justifiait les conclusions selon lesquelles Cockburn n'avait pas abandonné son domicile d'origine en Ontario pour élire domicile au Michigan et n'avait pas résidé dans l'État du Michigan pendant la période de douze mois.

Arrêt (le juge Judson étant dissident): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Dickson et Beetz: Trois présomptions sont pertinentes: (i) la présomption de la validité du mariage, (ii) la présomption de la validité d'un jugement de divorce étranger et (iii) la présomption en faveur du domicile d'origine. Elles ne sont pas incompatibles et elles ne s'annulent pas; leur effet est d'obliger la partie visée à présenter une preuve.

done, the presumptions were exhausted. The ultimate onus of proving his case is on the plaintiff throughout.

Where a foreign court is fraudulently led into believing the jurisdictional facts are such as to give it jurisdiction when they are not, this will be a ground for refusal of the domestic court to recognize the decree. Although not at issue here, for reasons of comity and practical difficulties the courts in the past have refused to inquire into fraud going to the merits. Even as to jurisdictional fraud there should be great reluctance to make such a finding. However, where, as here, the trial judge made a positive finding of jurisdictional fraud and there was evidence upon which he could make that finding, an appellate court should not interfere.

In an action for maintenance pursuant to s.1 of the *Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1970, c.265 no distinction is to be drawn between void and voidable marriages. The text of the *Act* suggests no such distinction, nor does the policy which extends recognition to the *de facto* marriage resulting from years of co-habitation following an apparently regular form of marriage.

Per Judson J., *dissenting*: For the reasons given in the Court of Appeal the appeal should be dismissed.

[*Indyka v. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33 (H.L.); *Armitage v. Attorney General*, [1906] P. 135, *Travers v. Holley*, [1953] P. 246 followed: *Le Mesurier v. Le Mesurier*, [1895] A.C. 517 not followed; *Bater v. Bater*, [1906] P. 209; *Crowe v. Crowe*, [1937] 2 All E.R. 723; *Bonaparte v. Bonaparte*, [1892] P. 402; *Shaw v. Gould* (1868), L.R. 3 E. & I. App. 55; *Pemberton v. Hughes*, [1899] 1 Ch. 781; *Harvey v. Farnie* (1880), 5 P.D. 153; *Salvesen v. Administrator of Austrian Property*, [1927] A.C. 641; *MacAlpine v. MacAlpine*, [1958] P. 35; *Middleton v. Middleton*, [1967] P. 62; *Williams v. North Carolina* (1944), 325 U.S. 226; *Ramsay v. Ramsay* (1913), 108 L.T. 382 (Prob. D.); *Barnet v. Barnet*, [1934] O.R. 347 (C.A.) referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ reversing a decision of Cromarty J. at trial², declaring null and void the marriage of the parties. Appeal allowed, Judson J. dissenting.

¹ [1973] 2 O.R. 188.

² [1973] 1 O.R. 497.

En conséquence, chaque point ayant été couvert par des éléments de preuve, les présomptions ont été repoussées. L'ultime fardeau de la preuve incombait à l'appelant depuis le début.

Lorsqu'un tribunal étranger est induit frauduleusement à croire que les faits pertinents sont tels qu'ils lui confèrent la compétence voulue quand, en réalité, ils n'ont pas cet effet, le tribunal domestique considérera ce motif suffisant pour ne pas reconnaître le jugement étranger. Pour des raisons pratiques et de courtoisie, les tribunaux ont jusqu'à présent refusé de se pencher sur la fraude portant sur le fond d'un litige. Même dans le cas de fraude relative à la compétence, il faut hésiter avant de conclure à la fraude. Cependant, lorsque comme en l'espèce, un juge de première instance a conclu à la fraude relative à la compétence, en se fondant sur des preuves, la Cour d'appel ne devrait pas intervenir.

Dans une demande de pension alimentaire, présentée en conformité de l'art. 1 de la *Matrimonial Causes Act*, S.R.O. 1970, c. 265, aucune distinction ne doit être faite entre les mariages nuls et annulables. Cette distinction ne ressort ni du texte de la Loi ni du fait que l'on reconnaît le mariage *de facto*, résultant de plusieurs années de vie commune dans le cadre d'un mariage apparemment régulier.

Le juge Judson, *dissident*: Pour les motifs retenus par la Cour d'appel, le pourvoi devrait être rejeté.

[Arrêts suivis: *Indyka v. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33 (H.L.); *Armitage v. Attorney General*, [1906] P. 135, *Travers v. Holley*, [1953] P. 246; Arrêt non suivi; *Le Mesurier v. Le Mesurier*, [1895] A.C. 517; Arrêts mentionnés: *Bater v. Bater*, [1906] P. 209; *Crowe v. Crowe*, [1937] 2 All E.R. 723; *Bonaparte v. Bonaparte*, [1892] P. 402; *Shaw v. Gould* (1868), L.R. 3 E. & I. App. 55; *Pemberton v. Hughes*, [1899] 1 Ch. 781; *Harvey v. Farnie* (1880), 5 P.D. 153; *Salvesen v. Administrator of Austrian Property*, [1927] A.C. 641; *MacAlpine v. MacAlpine*, [1958] P. 35; *Middleton v. Middleton*, [1967] P. 62; *Williams v. North Carolina* (1944), 325 U.S. 226; *Ramsay v. Ramsay* (1913), 108 L.T. 382 (Prob. D.); *Barnet v. Barnet*, [1934] O.R. 347 (C.A.).]

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ infirmant une décision du juge de première instance Cromarty² déclarant le mariage des parties nul et de nul effet. Pourvoi accueilli, le juge Judson étant dissident.

¹ [1973] 2 O.R. 188.

² [1973] 1 O.R. 497.

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

DICKSON J.—The issue in these proceedings is whether the marriage between the appellant, George Hubert Powell, and the respondent, Viola M. Cockburn, (whom I shall refer to as the “wife”) solemnized at the City of Guelph, Ontario on April 5, 1951, is void because of a valid and subsisting marriage of the wife to James Collier Cockburn.

I

In response to an action brought by Powell for a declaration that his marriage to the wife was void by reason of a subsisting marriage to Cockburn, the wife pleaded that her marriage to Cockburn was dissolved by decree of divorce in the State of Michigan on April 24, 1947. She pleaded further that at the time of the divorce Cockburn was domiciled in the State of Michigan and that he had been a resident of that State for a period in excess of two years prior to the divorce decree. In a reserved judgment in which the evidence and the authorities were thoroughly canvassed, the trial judge, Cromarty J., made three very significant findings: (i) that at the date of filing his Bill of Complaint for Divorce in the Michigan Court on November 22, 1946, Cockburn was domiciled in Ontario and not in Michigan; (ii) that Cockburn had not satisfied the residence requirements for divorce in the State of Michigan, not having been a *bona fide* resident of the State for one year prior to the filing of his petition; (iii) that Cockburn’s case in the Michigan Court was wholly fraudulent. On these findings the trial judge refused recognition of the foreign divorce decree, declaring Powell free from the bond of marriage between himself and the wife. He also set aside an order for maintenance in favour of the wife. On appeal the Court of Appeal reversed. Schroeder J.A. delivered an oral judgment for the Court in which he said:

The evidence has been exhaustively reviewed by both counsel and, upon a careful consideration of all the testimony, we are far from convinced that viewed in its entirety it justified the learned trial Judge in drawing the inference that (a) the said Collier [sic] had not

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

LE JUGE DICKSON—Il s’agit de déterminer en l’espèce si le mariage de l’appelant, George Hubert Powell, avec l’intimée, Viola M. Cockburn (que j’appellerai l’«épouse»), contracté le 5 avril 1951 dans la ville de Guelph (Ontario), est nul en raison du mariage existant et valide de cette dernière avec James Collier Cockburn.

I

En défense à une action intentée par Powell en vue de faire annuler son mariage avec l’épouse en raison du mariage existant avec Cockburn, l’épouse a déclaré que son union avec ce dernier avait été dissoute par un jugement de divorce rendu dans l’État du Michigan le 24 avril 1947. Elle a allégué, en outre, qu’au moment du divorce, Cockburn était domicilié dans l’État du Michigan où il avait résidé pendant plus de deux ans avant le jugement de divorce. Après avoir délibéré, le juge de première instance Cromarty a rendu un jugement dans lequel il examinait attentivement les dépositions ainsi que la jurisprudence. Il y formulait trois conclusions très importantes: (i) Cockburn était domicilié en Ontario et non au Michigan lorsqu’il a présenté sa requête en divorce à la Cour du Michigan le 22 novembre 1946; (ii) Cockburn n’avait pas rempli les conditions de résidence pour obtenir un divorce dans l’État du Michigan, où il n’avait pas résidé de bonne foi pendant les douze mois précédant immédiatement le dépôt de sa requête; (iii) la requête de Cockburn devant la Cour du Michigan était entièrement frauduleuse. Pour ces motifs, le juge de première instance a refusé de reconnaître le jugement de divorce étranger et déclaré Powell dégagé des liens du mariage avec l’épouse. Il a aussi annulé une ordonnance de soutien en faveur de l’épouse. Toutefois, la décision a été infirmée en Cour d’appel. Dans l’arrêt rendu oralement au nom de ladite Cour, le juge Schroeder dit:

[TRADUCTION] Les deux avocats ont fait une revue exhaustive de la preuve; après un examen soigneux de tous les témoignages, nous sommes loin d’être convaincus que, considérés dans leur ensemble, ils justifient les conclusions du savant juge de première instance selon

abandoned his domicile of origin in Ontario and acquired a domicile of choice in Michigan or (b) that he had not resided in the State of Michigan for the statutory period of one year prior to the commencement of the said divorce proceedings.

He continued with these observations:

It must be borne in mind that the evidence required to overcome the presumption as to the validity of the marriage between the parties to this action must be of a cogent and convincing character, since the judgment has such a significant bearing on the status of these parties with all the consequences which flow from it. It was quite possible, for all that the evidence revealed to the contrary, that James Collier Cockburn might have been resident in two jurisdictions throughout the statutory period as required under the Michigan Divorce Law.

and concluded:

The evidence leaves too many gaps both on the issue of domicile and on the issue as to whether the appellant had fulfilled the condition as to the required period of residence in Michigan. This vital question might have been resolved by the evidence of James Collier Cockburn adduced either before the Court in this action, or taken on commission and read into the record at the trial. The decision turns essentially upon the proper inferences to be drawn from all the facts disclosed on the record, and we are not prepared to say that the inferences drawn by the learned trial Judge and upon which his judgment is founded, are adequately supported by the evidence adduced.

The disparate views concerning the appropriate inferences to be drawn from the evidence compel narration of the evidence at trial before the legal issues to which the case gives rise can be considered.

II

Cockburn was born in Ottawa on January 26, 1916. He lived in Ontario until joining the Canadian army in 1939 and two years later, proceeded overseas. In 1943, he was discharged from the army and returned to Canada, residing in Toronto until October 1944. In that month he and the wife were married in New York City and immediately thereafter travelled to Vancouver. Cockburn represented that he was the editor of a newspaper in that city. Three days later he left the hotel in which the parties had been staying, taking with

lesquelles a) ledit Collier [*sic*] n'avait pas abandonné son domicile d'origine en Ontario pour élire domicile au Michigan et b) qu'il n'avait pas résidé dans l'État du Michigan pendant la période obligatoire de douze mois précédant l'introduction de la procédure de divorce.

et plus loin:

[TRADUCTION] Il faut se rappeler que la preuve exigée pour repousser la présomption de la validité du mariage entre les parties en cause doit être convaincante et péremptoire, vu l'importance du jugement sur leur statut et toutes les conséquences qui en découlent. Compte tenu des éléments de preuve à l'effet contraire, il est tout à fait possible que James Collier Cockburn ait résidé dans deux ressorts pendant toute la période exigée par la *Michigan Divorce Law*.

pour conclure:

[TRADUCTION] La preuve ne répond pas à tous les points d'interrogation sur la question du domicile et sur le fait de savoir si l'appelant a satisfait aux exigences de la période de résidence au Michigan. Si James Collier Cockburn avait témoigné, soit devant la Cour soit devant une commission rogatoire dont le compte-rendu aurait été versé au procès, il aurait pu répondre à cette question fondamentale. Le jugement dépend essentiellement des déductions appropriées à tirer de tous les faits exposés au dossier et nous ne sommes pas prêts à dire que les déductions sur lesquelles se fonde le savant Juge de première instance trouvent une justification suffisante dans la preuve produite.

Les divergences d'opinions à l'égard des déductions appropriées à tirer de la preuve nous obligent à présenter en détail la preuve produite en première instance avant de pouvoir examiner les questions de droit que soulève l'espèce.

II

Cockburn est né le 26 janvier 1916 à Ottawa. Il vécut en Ontario jusqu'à son enrôlement dans l'armée canadienne en 1939. Il fut envoyé outremer deux ans plus tard. En 1943, il fut démobilisé et revint au Canada. Il résida à Toronto jusqu'en octobre 1944 et ce mois-là, contracta mariage avec l'épouse dans la ville de New York. Immédiatement après le mariage ils se rendirent tous deux à Vancouver, où, selon ses dires, il était rédacteur d'un journal de cette ville. Trois jours plus tard, il quitta l'hôtel où il était descendu avec l'épouse,

him the wife's purse containing her savings, and did not return. In December, 1944 he enlisted in the United States army; six months later he became a citizen of that country. Following discharge from the army in November, 1945, he went to Detroit, Michigan, and stayed with an aunt resident in that City. His brother, Robert Cockburn, met him at the Central Station in Detroit, in November or December, 1945, and stayed with him in Detroit for a few days. Robert Cockburn never saw his brother in Detroit again. During his military service in the United States, Cockburn was in communication with the wife by letter from time to time; after discharge from the army, he wrote to her from Detroit and offered to resume cohabitation. She declined.

The next development in the unfolding story comes from the evidence of Robert Cockburn who told the Court that at the end of January, 1946, he had joined his parents in Lima, Ohio, to celebrate his brother's birthday. James Cockburn was then occupying a small apartment and operating a business in Lima by the name of Marburn Beauty Supply. This evidence, which the trial judge accepted without reservation, was strongly supported by one of the exhibits, consisting of three pages from the Lima telephone directory of July, 1946, containing a residential listing for a James C. Cockburn at 216½ East Market Street and a commercial listing: "Beauty Shop Equipment & Supplies. Marburn Beauty Supplies Co., 216 East Market St."

There was thus evidence of residence in, and strong ties with, the State of Ohio. On the other hand, Marvin K. Rosen, a Detroit attorney, told the trial judge that he had been retained in April, 1946 to represent Cockburn on a criminal charge, later dismissed. At that time Cockburn enquired about the possibility of obtaining a divorce and Rosen advised him that the laws of Michigan required one year of residence prior to instituting proceedings. Rosen said that Cockburn returned in November, 1946 and divorce proceedings were then instituted. This evidence of a Michigan connection was reinforced by evidence from the records of a company called International Milling Co. which showed that Cockburn commenced

emportant son sac à main qui contenait ses économies, pour ne plus revenir. En décembre 1944, il s'enrôla dans l'armée américaine et devint citoyen américain six mois plus tard. Après sa démobilisation en novembre 1945, il se rendit à Detroit (Michigan) où il habita chez une tante qui y demeurait. Son frère, Robert Cockburn, le retrouva à la gare centrale de Detroit en novembre ou en décembre 1945 et séjourna quelques jours avec lui dans cette ville. Robert Cockburn n'a jamais revu son frère à Detroit. Durant son service militaire aux États-Unis, Cockburn correspondit de temps en temps avec l'épouse; après sa démobilisation, il lui demanda, dans une lettre envoyée de Detroit, de reprendre la vie commune, ce qu'elle refusa.

La suite de l'histoire est tirée du témoignage de Robert Cockburn devant la Cour. Il déclare qu'à la fin de janvier 1946, il rejoignit ses parents à Lima, Ohio, pour célébrer l'anniversaire de son frère. James Cockburn occupait alors un petit appartement et exploitait à Lima une entreprise du nom de Marburn Beauty Supply. Ces faits, admis sans réserve par le juge de première instance, sont corroborés par l'une des pièces produites au procès, à savoir trois pages de l'annuaire téléphonique de Lima de juillet 1946 où sont inscrits l'adresse du domicile d'un certain James C. Cockburn, 216½ East Market Street et l'adresse d'un établissement commercial, «Beauty Shop Equipment & Supplies. Marburn Beauty Supplies Co., 216 East Market St.».

Ce sont donc des preuves de résidence et d'attaches certaines dans l'État de l'Ohio. En revanche, Marvin K. Rosen, avocat à Detroit, a déclaré au procès qu'il avait été chargé de représenter Cockburn en avril 1946 pour une accusation au criminel pour laquelle il y eut un non-lieu. A cette époque, Cockburn s'était renseigné sur la possibilité d'obtenir un divorce et Rosen l'avait informé que la loi au Michigan exigeait un an de résidence avant l'introduction de la requête. Rosen a ajouté que Cockburn était revenu le voir en novembre 1946 et qu'une requête en divorce avait alors été déposée. Cette preuve de rattachement au Michigan est renforcée par les dossiers d'une compagnie appelée International Milling Co., lesquels indiquent que

employment on May 3, 1946 as a junior salesman and terminated employment October 8, 1946. His address, according to the records of the company, was "803 Seward, Detroit". The trial judge found that during his period of employment with International Milling Co. Cockburn was living in Lima, Ohio and not in Michigan, even though he gave his aunt's home as his place of residence.

The next piece of evidence placed Cockburn outside the State of Michigan. Mr. Mike Bige testified that in May or June, 1946 he rented a house located at 3730 Belleview Road in Toledo, Ohio to Cockburn and a woman, known as Ruth Mary, with whom Cockburn was then living and whom he later married. Bige swore that Cockburn was in the house from June, 1946 until evicted in May, 1948. Cockburn was President of Saner Supply Co., distributor of beauty supply products, and was formerly of Lima, Ohio.

Such is the state of the record at the date when Cockburn's divorce petition against the wife was filed in the City of Detroit. Evidence of events thereafter is not of great consequence, for the determinant twelve months were those immediately preceding the date of initiation of divorce proceedings. Between that date and the date of granting the decree, Rosen saw Cockburn four or five times. Rosen communicated with his client through an address and phone number in Detroit, leaving a message, which Cockburn would answer by return call or a visit to Rosen's office. The trial judge found that Cockburn was simply using this address for the purpose of receiving mail and telephone calls and that at the time he was living in Lima, Ohio and running a business there, probably from as early as December, 1945. Rosen's further evidence was to the effect that after the Bill of Complaint was filed Cockburn told him that his, Cockburn's, company was sending him to Lima, Ohio to work. When the date of the divorce hearing was known, Rosen wrote to Cockburn at an address in Lima.

On April 27, 1947 Cockburn, the peregrinating petitioner, was granted a decree for divorce by the Circuit Court for the County of Wayne, State of Michigan on grounds of extreme repeated cruelty

Cockburn y a travaillé du 3 mai 1946 au 8 octobre 1946 comme vendeur et que son adresse était alors «803 Seward, Detroit». Le juge de première instance a conclu que lorsqu'il travaillait chez International Milling Co., Cockburn vivait à Lima (Ohio) et non au Michigan, bien qu'il eût donné l'adresse de sa tante comme lieu de résidence.

Une autre déposition situe Cockburn à l'extérieur de l'État du Michigan. Mike Bige a témoigné qu'en mai ou en juin 1946, il avait loué une maison située au 3730 Belleview Road à Toledo (Ohio) à Cockburn et à une femme du nom de Ruth Mary, avec laquelle celui-ci vivait et qu'il a épousée par la suite. Bige a affirmé sous serment que Cockburn avait habité cette maison de juin 1946 jusqu'à son éviction en mai 1948. Cockburn était alors président de Saner Supply Co., distributeur de produits de beauté, et avait demeuré à Lima (Ohio) auparavant.

Voilà la situation au moment où Cockburn dépose à Detroit une requête en divorce contre l'épouse. La preuve touchant les événements postérieurs ne revêt pas beaucoup d'importance parce que les douze mois décisifs sont ceux précédant immédiatement l'introduction de la procédure de divorce. Entre cette date et celle du jugement de divorce, Rosen a vu Cockburn quatre ou cinq fois. Il avait une adresse et un numéro de téléphone à Detroit où rejoindre son client et il communiquait avec lui en laissant des messages auxquels Cockburn donnait suite soit par téléphone, soit en se rendant à son bureau. Le juge de première instance a conclu que Cockburn se servait de cette adresse simplement pour y recevoir du courrier et des appels téléphoniques et qu'il vivait à cette époque à Lima (Ohio) où il exploitait un commerce probablement depuis décembre 1945. Rosen a déclaré aussi qu'après la présentation de la requête, Cockburn lui avait dit que sa compagnie l'envoyait à Lima (Ohio). Rosen lui écrit à Lima pour l'aviser de la date d'audition du divorce.

Cockburn, notre requérant itinérant, obtint un jugement de divorce de la Cour de circuit du comté de Wayne, dans l'État du Michigan, le 27 avril 1947 pour sévices graves répétés et abandon

and desertion on the part of the wife. The wife was advised by mail of the Bill of Complaint in the divorce proceedings. She retained counsel but did not contest the allegations of Cockburn and she was taken by the Michigan Court as having confessed for failure to appear after due service. In July or August, 1947, Cockburn's brother visited Cockburn and Ruth Mary on several occasions at 3730 Belleview Road, Toledo.

Four years later the wife married Powell. They separated in the latter part of 1958 after seven years of marriage. In August, 1959 the wife issued a writ, seeking alimony and on July 4, 1959 Ferguson J. gave judgment in her favour based on minutes of settlement which provided for \$600 arrears of alimony and \$40 per week from December 3, 1959. In September, 1969 she made an application to increase the weekly allowance and in December, 1969 Powell commenced the present proceedings to have the purported marriage between himself and the wife declared void. On May 29, 1970 while these proceedings were pending, Lacourcière J. made an order increasing the alimony payment to \$60 per week from May 29, 1970.

In May, 1971, Powell moved in the State of Michigan to set aside the 1946 divorce on the ground that Cockburn had never been a resident of Michigan and that the Michigan Court lacked jurisdiction. The motion was denied on the ground that Powell had no standing to challenge the validity of a divorce action in which he was not a party. At the time of the trial of the present action it appeared that Cockburn had been divorced in California from Ruth Mary and was living in the State of New Jersey.

The foregoing, I believe, fairly summarizes the evidence upon which Mr. Justice Cromarty concluded that Cockburn was not resident in Michigan for the twelve month period preceding the institution of his divorce proceedings in Detroit in November, 1946.

de l'épouse. Cette dernière fut avertie par lettre du dépôt de la requête en divorce. Elle retint les services d'un avocat, mais ne contesta pas les allégations de Cockburn. La Cour du Michigan considéra comme un aveu le défaut de comparution de l'épouse après signification en bonne et due forme. En juillet ou en août 1947, le frère de Cockburn rendit visite à plusieurs reprises à ce dernier et à Ruth Mary au 3730 Belleview Road à Toledo.

Quatre ans plus tard, l'épouse se mariait avec Powell dont elle se sépara à la fin de 1958, après sept ans de mariage. En août 1959, l'épouse assigna Powell en justice pour obtenir une pension alimentaire. Le 4 juillet 1959, en se fondant sur les minutes de l'accord de séparation, le juge Ferguson lui accorda \$600 d'arrérages de pension alimentaire et fixa celle-ci à \$40 par semaine à partir du 3 décembre 1959. En septembre 1969, l'épouse présenta une demande d'augmentation de cette pension hebdomadaire et, en décembre 1969, Powell intenta les présentes procédures afin de faire annuler le mariage contracté avec elle. Le 29 mai 1970, l'action étant toujours en instance, le juge Lacourcière rendit une ordonnance portant la pension alimentaire à \$60 par semaine à compter de ce jour-là.

En mai 1971, Powell se rendit dans l'État du Michigan pour faire annuler le divorce de 1946 au motif que Cockburn n'avait jamais résidé dans cet état et que la Cour du Michigan n'était pas compétente en la matière. La requête fut rejetée pour le motif que Powell n'avait pas qualité pour contester la validité d'une action en divorce à laquelle il n'était pas partie. Au moment du procès dans l'affaire présente, il semble que Cockburn avait divorcé d'avec Ruth Mary en Californie et qu'il vivait dans l'État du New Jersey.

Ces faits résument bien, à mon avis, la preuve sur laquelle s'est fondée le juge Cromarty pour conclure que Cockburn n'avait pas résidé au Michigan durant les douze mois précédant l'introduction de la procédure de divorce à Détroit, en novembre 1946.

III

The factums in this case make frequent reference to "presumptions", each side seeking to throw the burden of adducing evidence upon the other. There would seem to be some confusion as to the legal effect of presumptions. In the case before us, there are three presumptions which may be relevant: (i) the presumption of validity of marriage (Powell and the wife; Cockburn and the wife); (ii) the presumption of validity of a foreign divorce decree (Cockburn and the wife); and (iii) the presumption in favour of the domicile of origin (Cockburn). Strictly speaking, they do not conflict nor cancel each other out, nor do they give added probative value. Their only effect is to impose a duty on the party against whom they operate to adduce some evidence (See 9 *Wigmore on Evidence*, S. 2487, p. 281). They may, as in the present case, impose an alternating duty to produce evidence which shifts from one party to the other, a process which Wigmore describes as "successive presumptions" (S. 2493, p. 292). At the outset the appellant Powell faced a presumption of validity with regard to his marriage to the wife. He satisfied this presumption by leading evidence to show the existence of her prior marriage. With regard to this marriage, too, there was a presumption of validity, but the two presumptions did not conflict. Rather, the wife had to lead evidence to show that the previous marriage had been terminated. This she did by evidence of the foreign divorce. Evidence having been led on each issue the presumptions disappeared. It fell then to the trier of fact to decide the issues upon all of the evidence adduced. In this case if the trier of fact was not satisfied on a balance of probabilities that Powell had proved his case (that the Powell-Cockburn marriage was a nullity), then Powell must fail. The ultimate burden of proof, the risk of non-persuasion of the trier of fact, rested on Powell throughout.

On the evidence, the judge at trial held that Powell had satisfied the burden which rested upon him. As I have intimated, the Court of Appeal held that there was too much doubt on the issues of Cockburn's domicile and residence to say that Powell had overcome the presumption of validity

III

Les factums parlent fréquemment de «présomptions», chaque partie essayant d'imposer à l'autre le fardeau de la preuve. Les effets juridiques des présomptions semblent soulever une certaine confusion. En l'espèce, trois présomptions peuvent être considérées pertinentes: (i) la présomption de la validité du mariage (Powell et l'épouse; Cockburn et l'épouse); (ii) la présomption de la validité d'un jugement de divorce étranger (Cockburn et l'épouse) et (iii) la présomption en faveur du domicile d'origine (Cockburn). Au sens strict, elles ne sont pas incompatibles et elles ne s'annulent pas mutuellement ni n'ajoutent à la valeur probante. Elles ont pour seul effet d'obliger la partie visée à présenter une preuve (voir 9 *Wigmore on Evidence*, S. 2487 à la p. 281). Elles peuvent également, comme en l'espèce, faire alterner le fardeau de la preuve entre les parties, processus que Wigmore appelle «présomptions successives» (S. 2493 à la p. 292). Au départ, le mariage de l'appelant Powell avec l'épouse faisait l'objet d'une présomption de validité. Powell a repoussé cette présomption en prouvant l'existence du mariage précédent de l'épouse. Ce mariage aussi faisait l'objet d'une présomption de validité, mais les deux présomptions n'étaient pas incompatibles. Par contre, l'épouse devait fournir la preuve de la dissolution de son premier mariage et elle l'a fait en produisant le jugement de divorce étranger. Chaque point ayant été couvert par des éléments de preuve, les présomptions se sont trouvées repoussées. Il appartenait donc au juge des faits de trancher les questions litigieuses à la lumière de toute la preuve produite. Dans ce cas, si le juge des faits n'était pas convaincu, vu la prépondérance des probabilités, que Powell avait établi la nullité du mariage Powell-Cockburn, alors Powell ne pouvait avoir gain de cause. L'ultime fardeau de la preuve, le risque de ne pas convaincre le juge des faits, incombait à Powell depuis le début.

A la lumière de la preuve, le juge de première instance a statué que Powell s'était acquitté de la charge de la preuve. Comme je l'ai indiqué, la Cour d'appel a soutenu que les questions de domicile et de résidence de Cockburn soulevaient encore trop de doutes pour pouvoir affirmer que

of the parties' marriage. In reaching that conclusion, Schroeder J.A. speaks of "the evidence required to overcome the presumption as to the validity of the marriage of the parties to this action", seeming to treat the presumption as having an artificial probative force, giving Powell an added burden to displace. If I am correct in my understanding of what Mr. Justice Schroeder is saying then in my opinion, with respect, he erred. When Powell came forward with evidence, the presumption of validity with respect to his marriage disappeared, and it was then for the judge to give force as he saw fit to the totality of probative matter. On each issue before the Court there was some evidence; hence presumptions were dispelled.

IV

Counsel for the wife submitted that domicile is not the sole test for recognition of foreign divorce decrees (*LeMesurier v. LeMesurier*³ and that our courts will recognize foreign decrees granted by a jurisdiction with which the petitioner or respondent has a "real and substantial connection" (*Indyka v. Indyka*⁴). Counsel maintained that Cockburn had a real and substantial connection with the State of Michigan or, in the alternative, with the State of Ohio. If the connection was with Ohio then, following *Armitage v. Attorney General*⁵, our courts should give recognition to the Michigan decree because Ohio would do so under the Full Faith and Credit Clause of the United States Constitution.

In *Indyka's* case the Law Lords discussed at length the various grounds upon which foreign divorce decrees may be accorded recognition in English courts. In that case, a Czechoslovakian divorce decree granted to a wife resident in Czechoslovakia was given recognition in England. The husband, a Czech national, at the time of the divorce had acquired an English domicile. Subsequently, he married his second wife in England. When she petitioned for divorce, he cross-peti-

Powell avait repoussé la présomption de la validité du mariage des parties. En arrivant à cette conclusion, le juge Schroeder parle de [TRADUCTION] «la preuve nécessaire pour repousser la présomption de la validité du mariage des parties en cause»; il semble alors donner à la présomption une valeur probante artificielle, ajoutant un autre élément que Powell devait réfuter. Si je saisis bien le sens des paroles du juge Schroeder, alors je dirais respectueusement qu'il s'est trompé. Par la preuve qu'il a apportée, Powell a détruit la présomption de validité de son mariage et il appartenait donc au juge de donner effet, comme il le jugeait à propos, à l'ensemble de la preuve. Une preuve a été présentée sur chaque point soulevé en Cour et les présomptions ont été ainsi repoussées.

IV

L'avocat de l'épouse a soutenu que le domicile n'est pas le seul critère de reconnaissance des jugements de divorce étrangers (*LeMesurier v. LeMesurier*³) et que nos tribunaux reconnaissent les jugements étrangers prononcés par un tribunal du ressort avec lequel le requérant ou l'intimé a un [TRADUCTION] «lien réel et solide» (*Indyka v. Indyka*⁴). L'avocat a soutenu que Cockburn avait un lien réel et solide avec l'État du Michigan ou alors avec l'État de l'Ohio. S'il s'agit de l'Ohio, nos tribunaux devraient, en s'inspirant de l'affaire *Armitage v. Attorney General*⁵, reconnaître le jugement du Michigan parce que l'Ohio aurait agi ainsi en vertu de la *Full Faith and Credit Clause* de la constitution américaine (exequatur réciproque des jugements dans tous les États).

Dans l'affaire *Indyka*, les lords juges ont longuement examiné les divers motifs de reconnaissance des jugements de divorce étrangers par les tribunaux anglais. Dans cette affaire-là, un jugement de divorce tchécoslovaque accordé à une épouse résidant en Tchécoslovaquie a été reconnu en Angleterre. L'époux, un Tchèque, avait acquis un domicile anglais au moment du divorce. Par la suite, il épousa sa deuxième femme en Angleterre. A la demande en divorce de cette dernière, il opposa

³ [1895] A.C. 517.

⁴ [1969] 1 A.C. 33 (H.L.).

⁵ [1906] P. 135.

³ [1895] A.C. 517.

⁴ [1969] 1 A.C. 33 (H.L.).

⁵ [1906] P. 135.

tioned for nullity, arguing that the Czech divorce would not be recognized in England, the domicile of the parties. It is difficult to extract a *ratio decidendi* from the judgments in *Indyka*; their Lordships held for a variety of reasons that the foreign decree had dissolved the first marriage for the purposes of English law. Various alternative grounds for extending recognition to foreign divorce decrees were considered, including, domicile, the place of the matrimonial home, the residence of one or both parties, the country of nationality, "domicile" defined in a less exacting manner, the predominant country with regard to the spouses, the place of celebration of the marriage, and a place with which there is a real and substantial connection. The decision might have rested on the application of the reciprocity rule in *Travers v. Holley*⁶, but the Court, in discussing the multifarious grounds for recognition, chose to make the scope and effect of the decision much broader. The judgment has been interpreted, in my view correctly, as deciding (i) *LeMesurier* is no longer good law insofar as it holds that recognition will be extended only to divorce decrees granted in the domicile, for that is only one of several bases for jurisdiction; (ii) an English court should recognize a foreign decree "whenever a real and substantial connection is shown between the petitioner and the country, or territory, exercising jurisdiction" (Cheshire, *Private International Law*, 8th ed. (1970), at p. 363).

Before deciding whether a real and substantial connection test should be adopted as the basis for the exercise of divorce jurisdiction in Canada, it would seem well to settle the issue of fraud. If the divorce decree can be successfully attacked on that ground, further consideration of a real and substantial connection test becomes unnecessary it will also be apparent of course that if the sole test for recognition of foreign decrees is domicile, there would be no need even to enter into a discussion of fraud. The trial judge's finding that Cockburn was domiciled in Ontario would conclude the matter against the wife.

⁶ [1953] P. 246.

une demande reconventionnelle en nullité de mariage, soutenant que le divorce tchécoslovaque ne pouvait pas être reconnu en Angleterre, domicile des parties en cause. Il est difficile de tirer une *ratio decidendi* des motifs de jugement dans l'affaire *Indyka*. Leurs Seigneuries ont décidé, pour des raisons diverses, que le jugement étranger avait dissout le premier mariage à l'égard du droit anglais. On a tenu compte de multiples autres motifs pour reconnaître les jugements de divorce étrangers, notamment, le domicile, le lieu du domicile conjugal, la résidence de l'une ou des deux parties, le pays de citoyenneté, le «domicile» défini moins strictement, le pays où les conjoints résident le plus souvent, le lieu où le mariage a été célébré et un endroit avec lequel existe un lien réel et solide. La décision aurait pu se fonder sur l'application de la règle de la réciprocité établie dans l'affaire *Travers v. Holley*⁶, mais la Cour, en examinant les divers motifs de reconnaissance, a préféré élargir la portée et l'effet de la décision. A mon avis, on a interprété avec raison l'arrêt comme établissant (i) que l'affaire *LeMesurier* ne constitue plus un précédent valable dans la mesure où elle établit que seuls sont reconnus les jugements de divorce prononcés dans le lieu du domicile car ce n'est qu'un des nombreux critères de compétence et (ii) qu'un tribunal anglais devrait reconnaître un jugement étranger [TRADUCTION] «lorsqu'il existe un lien réel et solide entre le requérant et le pays ou le territoire exerçant sa compétence» (Cheshire, *Private International Law*, 8^e éd. (1970) à la p. 363).

Avant de décider si l'exercice de la compétence en matière de divorce au Canada devrait se fonder sur le critère du lien réel et solide, il serait préférable de régler la question de la fraude. Si l'on peut annuler le jugement de divorce pour ce motif, l'étude du lien réel et solide devient inutile. Il est aussi évident que si le domicile était le seul critère de reconnaissance des jugements étrangers, il ne serait même pas nécessaire d'examiner la question de la fraude. La conclusion du juge de première instance que Cockburn était domicilié en Ontario trancherait la question au détriment de l'épouse.

⁶ [1953] P. 246.

V

A general statement as to the effect of fraud in procuring a foreign judgment will be found in Castel, *Canadian Conflict of Laws* (1975), at p. 448:

It is well established that *fraus omnia corrumpit*. This was emphasized by Chief Justice de Grey in the *Duchess of Kingston's Case* in the following words:

“Fraud is an extrinsic collateral attack which vitiates the most solemn proceedings of courts of justice.”

and at p. 498:

Fraud in obtaining jurisdiction over the defendant is a good ground of defence against the enforcement of the foreign judgment. The courts believe that facts which relate to jurisdiction are so important that they should always be open to attack on the ground of their falsity. This rule applies even if the foreign court has declared itself competent upon trial of this issue. This attitude has been influenced by the theory that the validity of a foreign judgment can always be questioned for lack of jurisdiction in the foreign court. *Biggar v. Biggar*, [1930] 2 D.L.R. 940.

The foregoing statement of law is subject to some qualification in relation to recognition of foreign divorce decrees. If the fraud in obtaining the foreign decree goes to the merits of the petition, domestic courts will not pay heed to it, as the substantive grounds upon which the decree is granted have never been of concern to the recognizing court. (*Bater v. Bater*⁷, *Crowe v. Crowe*⁸ at p. 558). Fraud going to the jurisdiction of the foreign court is another matter. (*Bonaparte v. Bonaparte*⁹). If the foreign court is fraudulently misled into believing the jurisdictional facts are such as to give it jurisdiction, when in truth they are not, this will be a ground for refusal of the domestic court to recognize the decree. (Cheshire's *Private International Law* (8th ed.) at p. 372.) The distinction so made has not been free of criticism. (See Dicey & Morris, *The Conflict of Laws*, 7th ed. (1958), at p. 306, but see also the 8th ed. (1967), at p. 318 and the 9th ed. (1973), at

⁷ [1906] P. 209.

⁸ (1937), 157 L.T. 557; [1937] 2 All E.R. 723.

⁹ [1892] P. 402.

V

On trouve une déclaration générale sur l'effet des manœuvres frauduleuses pour obtenir un jugement étranger dans l'ouvrage de Castel, *Canadian Conflict of Laws* (1975), à la p. 448:

[TRADUCTION] Le principe de *fraus omnia corrumpit* est bien établi. Le juge en chef de Grey l'a formulé dans l'affaire *Duchess of Kingston* de la manière suivante:

«La fraude est une attaque extrinsèque indirecte qui vicie les procédures les plus solennelles des tribunaux.»

et à la p. 498:

[TRADUCTION] La fraude utilisée pour qu'un tribunal se déclare compétent à l'égard d'un défendeur constitue un bon moyen de défense contre l'exécution d'un jugement étranger. Les tribunaux estiment que les faits relatifs à la compétence sont si importants qu'on doit toujours pouvoir les contester en raison de leur fausseté. Cette règle s'applique même si le tribunal étranger s'est déclaré compétent en jugeant le litige. Cette position reflète la thèse que la validité d'un jugement étranger peut toujours être contestée pour défaut de compétence du tribunal étranger. *Biggar v. Biggar*, [1930] 2 D.L.R. 940.

Il faut nuancer cet exposé du droit lorsqu'il s'agit de la reconnaissance des jugements de divorce étrangers. Si la fraude dans l'obtention du jugement étranger porte sur le fond de la requête, les tribunaux nationaux ne lui accordent pas d'importance, étant donné que les motifs de fond sur lesquels repose un jugement n'intéressent pas les tribunaux appelés à le reconnaître. (*Bater v. Bater*⁷ et *Crowe v. Crowe*⁸ à la p. 558). Il en est autrement si la fraude vise la compétence du tribunal étranger (*Bonaparte v. Bonaparte*⁹). Si celui-ci est induit frauduleusement à croire que les faits pertinents sont tels qu'ils lui confèrent la compétence voulue quand, en réalité, ils n'ont pas cet effet, le tribunal domestique considérera ce motif suffisant pour ne pas reconnaître le jugement étranger. (Cheshire, *Private International Law* (8^e éd.) à la p. 372.) Cette distinction n'a pas échappé à la critique. (Voir Dicey et Morris, *The Conflict of Laws*, 7^e éd. (1958), à la p. 306, ainsi que la 8^e

⁷ [1906] P. 209.

⁸ (1937), 157 L.T. 557; [1937] 2 All E.R. 723.

⁹ [1892] P. 402.

p. 326.) Notwithstanding the doubts expressed, there would seem to be authority supporting such a distinction. Thus in *Shaw v. Gould*¹⁰, where a Scottish divorce was in question, Lord Westbury said, at p. 81:

The first essential for the validity of a foreign decree is, that it should be pronounced by a Court of competent jurisdiction between parties *bona fide* subject to that jurisprudence . . .

In *Bonaparte v. Bonaparte (supra)* a fraud was perpetrated on the Scottish court by allowing it to act on the assumption that the pursuer was domiciled in Scotland and that there had been no collusion. It was held that the Scottish Court was without jurisdiction to pronounce a decree in this collusive suit and the decree pronounced was held to be null and void. The issue was one of want of jurisdiction but it was treated as one of fraud on the Court. It should be noted that "jurisdiction" in *Bonaparte v. Bonaparte* was used in a private international law sense rather than in what might be termed a "domestic competence" sense, but I do not think that serves to make the case inapplicable.

Another case frequently cited is *Pemberton v. Hughes*¹¹, in which Lindley M.R. said, at p. 790:

If a judgment is pronounced by a foreign Court over persons within its jurisdiction and in a matter with which it is competent to deal, English Courts never investigate the propriety of the proceedings in the foreign Court, unless they offend against English views of substantial justice. Where no substantial justice, according to English notions, is offended, all that English Courts look to is the finality of the judgment and the jurisdiction of the Court, in this sense and to this extent—namely, its competence to entertain the sort of case which it did deal with, and its competence to require the defendant to appear before it. If the Court had jurisdiction in this sense and to this extent, the Courts of this country never inquire whether the jurisdiction has been properly or improperly exercised, provided always that no substantial injustice, according to English notions, has been committed.

There is no doubt that the Courts of this country will not enforce the decisions of foreign Courts which have no jurisdiction in the sense above explained, i.e., over the

éd. (1967), à la p. 318 et la 9^e éd. (1973), à la p. 326.) Nonobstant les doutes exprimés à ce sujet, la jurisprudence semble appuyer pareille distinction. Ainsi dans *Shaw v. Gould*¹⁰, où il est question d'un divorce écossais, lord Westbury dit, à la p. 81:

[TRADUCTION] Pour qu'un jugement étranger soit valide, il est essentiel qu'il soit prononcé par une cour compétente à l'égard de parties agissant de bonne foi, sous réserve de la jurisprudence . . .

Dans l'arrêt *Bonaparte v. Bonaparte*, précité, le tribunal écossais avait fait l'objet de manœuvres frauduleuses, car on l'avait laissé agir sur la présomption que le demandeur était domicilié en Écosse et qu'il n'y avait pas de collusion. Il a été décidé que le tribunal écossais n'était pas habilité à rendre jugement dans cette action collusoire et le jugement a été déclaré nul et non avenu. Alors que le litige portait sur l'absence de compétence, on l'a abordé comme un cas de fraude à l'égard du tribunal. A remarquer qu'on a utilisé le mot «compétence» dans l'affaire *Bonaparte v. Bonaparte* dans le sens du droit international privé plutôt que dans un sens de «compétence interne», mais, à mon avis, cela ne rend pas l'arrêt inapplicable.

Une autre affaire souvent citée est celle de *Pemberton v. Hughes*¹¹, où le maître des rôles Lindley dit, à la p. 790:

[TRADUCTION] Si un jugement est prononcé par un tribunal étranger à l'égard de personnes qui relèvent de sa juridiction, et sur une question qui relève de sa compétence, les tribunaux anglais ne contesteront jamais la validité des procédures du tribunal étranger à moins qu'elles n'aillent à l'encontre des principes anglais de justice fondamentale. Lorsque rien n'est contraire à la justice fondamentale, selon les principes anglais, les tribunaux anglais n'examineront que l'irrévocabilité du jugement et la compétence de la cour, en ce sens et dans cette mesure, c'est-à-dire sa compétence à connaître du genre d'affaires qu'elle a traité et à obliger le défendeur à comparaître devant elle. Si la cour avait compétence en ce sens et dans cette mesure, nos tribunaux ne se demandent jamais si elle exerce régulièrement ou non sa compétence, à condition, toujours, qu'il n'y ait pas d'injustice fondamentale, au sens des principes anglais.

Il est certain que nos tribunaux n'appliqueront pas les décisions des tribunaux étrangers qui n'ont pas compétence au sens indiqué plus haut, c'est-à-dire en raison de

¹⁰ (1868), L.R. 3 E. & I. App. 55.

¹¹ [1899] 1 Ch. 781.

¹⁰ (1868), L.R. 3 E. & I. App. 55.

¹¹ [1899] 1 Ch. 781.

subject-matter or over the persons brought before them: *Schibsby v. Westenholz*, L.R. 6 Q.B. 155; *Rousillon v. Rousillon*, (1880), 14 Ch. D. 351; *Price v. Dewhurst*, (1838), 4 My. & Cr. 76; *Buchanon v. Rucker*, 9 East 192; *Sirdar Gurdyal Singh v. Rajah of Faridkote* (1894) A.C. 670. But the jurisdiction which alone is important in these matters is the competence of the Court in an international sense, i.e., its territorial competence over the subject-matter and over the defendant. [emphasis added].

The decision in *Bater v. Bater*, *supra*, is sometimes cited as authority for the proposition that where a divorce has been granted by a foreign court a person who was not a party to the proceedings cannot have it declared inoperative by the Court of the forum even on the ground of fraud: Johnson, *Conflicts of Laws*, 2nd ed. (1962) at p. 400. The facts of the case, from the headnote were as follows. In 1880 a marriage was celebrated in England between two persons. In 1886 the husband commenced divorce proceedings against the wife for adultery with B, which failed upon proof of the husband's adultery, and in 1889 he sailed for New York where he lived in adultery with another woman and acquired a domicile. The wife and B continued to live in adultery, and in 1890, the wife went to New York where she obtained a divorce on the ground of her husband's adultery without disclosing her matrimonial misconduct in England. In 1893 she went through a marriage ceremony with B in New York. In 1903 B presented to the English Courts a petition for a declaration of nullity of the New York marriage on the ground that the wife, in withholding information which if disclosed would have barred her action, had obtained her divorce by fraud on the New York Court. The petition was dismissed. The English Court held that according to the law of the State of New York and of England, the New York Court had jurisdiction to decree a divorce, as the husband had acquired a domicile in New York, the adultery complained of by the wife was committed in that state; and the wife had elected to make the domicile of her husband her own for the purpose of the divorce proceedings and had acquired a "residence" there according to the law of New York. At trial, the President, Sir Gorell Barnes, whose judgment was confirmed on appeal, quoted from

la question qui leur est soumise ou des personnes assignées devant eux: arrêts *Schibsby v. Westenholz*, L.R. 6 Q.B. 155; *Rousillon v. Rousillon*, (1880), 14 Ch. D. 351; *Price v. Dewhurst*, (1838), 4 My. & Cr. 76; *Buchanon v. Rucker*, 9 East 192; *Sirdar Gurdyal Singh v. Rajah of Faridkote* (1894) A.C. 670. La seule juridiction qui compte dans ces affaires est la compétence du tribunal au sens international, c'est-à-dire sa compétence territoriale sur la question en litige et sur le défendeur. [J'ai mis les italiques].

On cite parfois l'arrêt *Bater v. Bater*, précité, à l'appui de l'argument suivant: lorsque le divorce est prononcé par un tribunal étranger, une personne qui n'était pas partie à l'action ne peut le faire déclarer nul par la cour du lieu où le jugement a été rendu, même pour raison de fraude: Johnson, *Conflicts of Laws*, 2^e éd. (1962) à la p. 400. Selon le sommaire, les faits de cette affaire se présentent ainsi. En 1880, deux personnes contractèrent mariage en Angleterre. En 1886, l'époux présenta une requête en divorce contre sa femme pour cause d'adultère avec B, mais sa demande fut rejetée lorsqu'on établit que lui-même avait commis l'adultère. En 1889, il prit le bateau pour New York où il élit domicile et vécut dans l'adultère avec une autre femme. L'épouse et B continuèrent de vivre dans l'adultère et, en 1890, celle-ci partit pour New York où elle obtint un divorce pour cause d'adultère de son mari, mais sans révéler ses relations adultérines en Angleterre. En 1893, elle épousa B à New York. En 1903, B présenta aux tribunaux anglais une requête visant à faire annuler son mariage contracté à New York pour le motif que l'épouse, en ne révélant pas certains renseignements qui auraient constitué une fin de non-recevoir à son action, avait obtenu son divorce du tribunal de New York frauduleusement. Sa requête fut rejetée. Le tribunal anglais décida qu'en vertu du droit de l'État de New York et de l'Angleterre, le tribunal de New York était compétent pour prononcer un jugement de divorce puisque l'époux y avait élu domicile et que l'adultère dont l'accusait l'épouse avait été commis dans cet état; l'épouse y avait aussi élu domicile aux fins du divorce et y avait établi son lieu de «résidence», conformément à la loi de New York. En première instance, le président, sir Gorell Barnes, dont le jugement a été confirmé en appel, a cité un pas-

*Harvey v. Farnie*¹²:

The English Courts will recognize as valid the decision of a competent foreign Christian tribunal dissolving the marriage between a domiciled native in the country where such a tribunal has jurisdiction and an English-woman, when the decree of divorce is not impeached by any species of collusion or fraud.

and added "I think myself that that has become at the present time almost certain clear law . . .". On the question of fraud, the President said, at p. 218:

. . . Mr. Duke argued that in many of the judgments *it has been said that the Courts will not recognize the decree of a foreign tribunal where it has been obtained by the collusion or fraud of the parties. But I think when those cases are examined that the collusion or fraud being referred to was in every case, so far as I have had time to examine the matter, collusion or fraud relating to that which went to the root of the matter, namely, the jurisdiction of the Court.* In other words, as an illustration, case where the parties have gone to the foreign country and were not truly domiciled there, and represented that they were domiciled there and so had induced the Court to grant a decree. The collusion or fraud in those cases goes to the root of the jurisdiction. There is no jurisdiction if there is no domicile, and therefore collusion and fraud entered into many of those cases in a way that went to fortify the view that where there is no domicile there is no jurisdiction. But supposing that what was kept back was something that would have made the Court come to a different conclusion than it would otherwise have done, I can see no valid reason in the judgments in cases affecting status for treating the decree as a nullity, unless it is set aside. In this Court, there are many cases where facts are kept back. [emphasis added].

On appeal Collins M.R. spoke in these terms, at p. 228:

Upon that Mr. Duke was met by what the President considered afforded a complete answer, namely, that that is a judgment which, if not technically in rem, stands on the same footing as a judgment in rem. There is a good deal of authority to show that it is really indistinguishable from a judgment in rem. Some of the judges seem to have considered that for some reason it is not an absolute judgment in rem, but for all purposes it is on the same footing, that is to say, it is a judgment affecting the status of the parties. If it is a judgment in rem, or stands on the same footing, as I think it

¹² (1880), 5 P.D. 153.

sage de l'arrêt *Harvey v. Farnie*¹²:

[TRADUCTION] Les tribunaux anglais reconnaissent la décision d'un tribunal chrétien étranger compétent qui dissout le mariage d'un ressortissant domicilié dans le pays où ledit tribunal a compétence et d'une Anglaise lorsque le jugement de divorce n'est pas vicié par quelque collusion ou fraude.

Il a ajouté [TRADUCTION] «Personnellement, je pense que ce principe est maintenant bien établi en droit . . .». Sur la question de la fraude, le Président a dit, à la p. 218:

[TRADUCTION] . . . M. Duke a soutenu que, dans plusieurs arrêts, on a dit que les tribunaux ne reconnaissent pas le jugement d'une cour étrangère obtenu par collusion ou fraude des parties. A mon sens toutefois, il ressort de l'examen de ces arrêts que la collusion ou la fraude dont il était question touchait dans chaque cas, dans la mesure où j'ai pu faire le tour de la question, au cœur du problème, c'est-à-dire à la compétence de la cour. Autrement dit, prenons, à titre d'exemple, le cas où les parties se rendent dans un pays étranger et déclarent y être domiciliées, alors que c'est faux, et réussissent ainsi à obtenir un jugement de divorce du tribunal du lieu. Dans de tels cas, la collusion ou la fraude touchent à la compétence même. S'il n'y a pas de domicile, il n'y a pas de compétence et il en découle que dans beaucoup de causes, la collusion ou la fraude ont renforcé le principe selon lequel il n'y a pas de compétence sans domicile. Mais dans l'hypothèse qu'on ait dissimulé des renseignements qui auraient modifié le jugement de la cour, je ne vois pas pourquoi, dans les décisions prononcées dans des affaires portant sur le statut des parties, on considérerait le jugement comme nul à moins qu'il ne soit infirmé. Dans de nombreuses affaires soumises à cette cour des faits sont dissimulés. [J'ai mis les italiques].

En appel, le maître des rôles Collins s'exprime en ces termes, à la p. 228:

[TRADUCTION] Le Président a considéré comme totalement satisfaisante la défense apportée à la prétention de Duke, savoir qu'il s'agit d'un jugement qui même s'il n'est pas formellement un jugement *in rem*, y est assimilable. Une jurisprudence fournie démontre qu'il ne se distingue vraiment pas d'un jugement *in rem*. Certains juges semblent avoir pensé que, d'une certaine façon, il ne s'agit pas d'un jugement *in rem* absolu, mais qu'à toutes fins utiles, il lui est assimilable, c'est-à-dire que c'est un jugement qui affecte le statut des parties. S'il s'agit d'un jugement *in rem* ou d'un jugement assimila-

¹² (1880), 5 P.D. 153.

undoubtedly does, can it be impeached in proceedings taken in this country by a person not a party to that judgment at all? Can proceedings effectually be taken in this country while that judgment stands unimpeached in the country where it was made? There is clear authority in our Courts that that cannot be done, and I think it is the authority on which the President acted.

It seems tolerably clear from the quoted passage of the President's judgment that he was drawing a distinction between collusion or fraud going to the root of the jurisdiction and collusion or fraud not going to jurisdiction. The case before him was one in the latter category and his remarks were directed to a situation other than that before us. Equally, the observations of Collins M.R. respecting the right of a third party to impeach a decree of divorce were concerned with a case in which the only fraud suggested was said to arise from the fact that the wife herself had been guilty of adultery which, Romer L.J. noted at p. 236, could not be said to go to the question of jurisdiction.

The next case which might be mentioned is the House of Lords decision in *Salvesen v. Administrator of Austrian Property*¹³, where the contest between a Miss Salvesen and the Administrator of Austrian Property concerned the validity of a decree of nullity of marriage. The headnote reads in part:

Where therefore the parties are domiciled in a foreign country a decree of nullity of marriage pronounced by a competent Court of that country will, in the absence of fraud or collusion, be recognized as binding and conclusive by the Courts of England and Scotland, unless it offends against British notions of substantial justice.

I should like to quote a short passage from the judgment of Sachs J., as he then was, in the case of *MacAlpine v. MacAlpine*¹⁴, which draws a distinction between those cases in which fraudulent evidence is adduced at trial and the other type of case in which "the fraud leads the foreign court to assume jurisdiction over the subject-matter of the

ble, ce dont je suis convaincu, pourrait-il être attaqué par un recours intenté dans ce pays par un tiers? Peut-on vraiment tenter des procédures dans ce pays alors que le jugement reste incontesté dans le pays où il a été prononcé? Il existe une jurisprudence qui démontre clairement que c'est impossible et c'est sur cette jurisprudence que s'est fondé le Président.

Il est clair, d'après ce passage, que le Président a fait une distinction entre la collusion ou la fraude portant sur la question de la compétence même et la collusion ou la fraude qui n'y touchent pas. L'affaire qui lui était soumise avait trait à cette deuxième éventualité et ses remarques portaient sur une situation différente de celle qui nous occupe. De même, les remarques du maître des rôles Collins à l'égard du droit d'un tiers de contester un jugement de divorce portent sur une affaire où la seule fraude alléguée proviendrait du fait que l'épouse elle-même avait commis l'adultère. Comme l'indique le lord juge Romer à la p. 236, on ne peut pas dire que cela touche à la question de la compétence.

Mentionnons aussi la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *Salvesen v. Administrator of Austrian Property*¹³, où le litige entre une certaine M^{lle} Salvesen et l'administrateur des biens autrichiens portait sur la validité d'un jugement annulant un mariage. Voici un passage du sommaire de l'arrêt:

[TRADUCTION] Par conséquent, lorsque les parties sont domiciliées dans un pays étranger, un jugement en nullité du mariage prononcé par une cour compétente de ce pays est considéré, s'il n'y a ni collusion ni fraude, comme irrévocable et péremptoire par les tribunaux anglais et écossais à moins qu'il ne contrevienne aux principes anglais de justice fondamentale.

J'aimerais citer un passage assez court de la décision du juge Sachs, tel était alors son titre, dans l'affaire *MacAlpine v. MacAlpine*¹⁴, à la p. 42 du recueil; il fait une distinction entre les cas où une preuve frauduleuse est produite à un procès et ceux où [TRADUCTION] «la fraude conduit un tribunal étranger à connaître de la question en

¹³ [1927] A.C. 641.

¹⁴ [1958] P. 35.

¹³ [1927] A.C. 641.

¹⁴ [1958] P. 35.

suit, when but for that fraud it had none". The passage is found at p. 42 of the report and reads as follows:

It has been clear ever since *Bater v. Bater* (orse. Lowe) (1906) P. 209 that where the foreign decree has been procured by fraudulent evidence at trial before a court of competent jurisdiction, the courts here will none the less treat the decree as valid as long as it subsists in that foreign country. It is equally clear that where the fraud leads the foreign court to assume jurisdiction over the subject-matter of the suit, when but for that fraud it had none, then the courts in this country will treat any resulting decree as a nullity: see *Bonaparte v. Bonaparte* (1892) P. 402; 8 T.L.R. 759, where all possible steps were taken by the petitioner to mislead the court in Scotland into holding that he was domiciled in that country.

The final English authority to which I would make reference is *Middleton v. Middleton*¹⁵. The facts bear more than a superficial resemblance to those in the case at bar. By his complaint in the Circuit Court of Illinois, and by the evidence he gave at the hearing, the husband alleged that he had been a resident in Illinois for over a year before the making of the complaint and that his wife had deserted him. Both of these allegations were false. The wife took no part in the proceedings but solicitors wrote on her behalf protesting against the husband's allegations. The husband was granted a decree of divorce. The English trial judge, Cairns J., reviewed the relevant authorities and concluded that the Illinois decree was invalid for fraud going to the point of jurisdiction.

American authorities also make it clear that the State of domiciliary origin should not be bound by an unfounded recital of a jurisdictional fact in the record of another State exerting judicial authority. Mr. Justice Frankfurter in the Supreme Court of the United States made a finding to this effect in *Williams v. North Carolina*¹⁶, where he confirmed the right, notwithstanding the Full Faith and Credit Clause of the Constitution, collaterally to impeach a decree of divorce made in another State, by proof that the Court had no jurisdiction, even when the record purported to show jurisdic-

litige, ce qu'il n'aurait pas fait sans cela»:

[TRADUCTION] Il est clair depuis l'arrêt *Bater v. Bater* (alias Lowe) (1906) P. 209 que lorsqu'un jugement étranger est obtenu par suite de preuves frauduleuses produites au procès devant une cour compétente, nos tribunaux n'en considéreront pas moins le jugement valide aussi longtemps qu'il le sera dans le pays étranger en question. Il est tout aussi clair que lorsque la fraude conduit un tribunal étranger à connaître de la question en litige, ce qu'il n'aurait pas fait sans cela, nos tribunaux considéreront tout jugement qui en découle comme nul: voir l'arrêt *Bonaparte v. Bonaparte* (1892) P. 402; 8 T.L.R. 759, où le requérant avait fait toutes les démarches possibles pour induire le tribunal écossais à croire qu'il était domicilié en Écosse.

Le dernier précédent anglais que j'aimerais citer est l'affaire *Middleton v. Middleton*¹⁵, où les faits ressemblent d'assez près à ceux en l'espèce. Dans sa requête présentée à la Cour de circuit de l'Illinois et dans son témoignage à l'audience, l'époux prétendait qu'il avait résidé dans l'Illinois plus d'un an précédant la présentation de sa requête et que son épouse l'avait abandonné. Les deux allégations étaient fausses. L'épouse n'a pris part aux procédures, mais ses avocats ont écrit en son nom pour contester les allégations de l'époux. Ce dernier a obtenu un jugement de divorce. Le juge Cairns, juge de première instance en Angleterre, a examiné la jurisprudence pertinente et conclu que le jugement de l'Illinois n'était pas valide, car il était entaché de fraude relativement à la compétence.

La jurisprudence américaine précise quant à elle que l'État du domicile d'origine ne doit pas être lié par une déclaration non fondée à l'égard d'un fait relatif à la compétence qui se trouve dans le dossier d'un autre État exerçant sa compétence judiciaire. Le juge Frankfurter de la Cour suprême des États-Unis a statué en ce sens dans l'affaire *Williams v. North Carolina*¹⁶. Il a confirmé, nonobstant la clause *Full Faith and Credit* de la Constitution, le droit de contester indirectement un jugement de divorce prononcé dans un autre État en prouvant que le tribunal n'avait pas com-

¹⁵ [1967] P. 62.

¹⁶ (1944), 325 U.S. 226.

¹⁵ [1967] P. 62.

¹⁶ (1944), 325 U.S. 226.

tion. Fraud was not an issue in the proceedings. In that case a man and a woman, domiciled in North Carolina, left their spouses in North Carolina, obtained a divorce in Nevada after six months residence in that State, married, and returned to North Carolina to live. They pleaded the Nevada divorce decree in defence to a charge of bigamy, but were convicted. It was held that the decree of divorce was conclusive adjudication of everything except the jurisdictional facts upon which it was founded. The domiciliary State had the right to ascertain the truth of that crucial fact when called into question.

The aim of the Courts, in refusing recognition because of fraud, is to prevent abuse of the judicial process. I will not deal with the courts' competence to look into fraud going to the merits, as that is not an issue here. In inquiring into fraud which touches the domestic jurisdiction of the decree-granting Court, the courts are enforcing the public policy of the forum.

The grounds upon which a decree of divorce granted by one State can be impeached in another state are, properly, few in number. The weight of authority seems to recognize, however, that if the granting state takes jurisdiction on the basis of facts which, if the truth were known, would not give it jurisdiction the decree may be set aside. Fraud going to the merits may be just as distasteful as fraud going to jurisdiction, but for reasons of comity and practical difficulties, in the past we have refused to inquire into the former. Even within the limited area of what might be termed jurisdictional fraud there should be great reluctance to make a finding of fraud for obvious reasons. In the case at bar the trial judge made a positive finding and undoubtedly there was evidence upon which he could make that finding. The judge came to a clear conclusion. The Court of Appeal, in reversing him, spoke in terms of proper inferences but did not question the factual underpinning of the trial judgment. I do not think this Court should assume the role of a trier of fact. In

pétence, même si le dossier indiquait le contraire. La fraude n'était pas en cause dans les procédures. Il s'agissait d'un homme et d'une femme domiciliés en Caroline du Nord qui avaient abandonné leur conjoint respectif, obtenu un divorce au Nevada après y avoir résidé six mois, s'étaient mariés et étaient revenus habiter en Caroline du Nord. Accusés de bigamie, ils produisirent le jugement de divorce du Nevada, mais ils n'en furent pas moins déclarés coupables. Il fut décidé que le jugement de divorce était un jugement péremptoire sur tous les points, à l'exception des faits relatifs à la compétence sur lesquels il était fondé. L'État du domicile avait le droit de s'assurer de la véracité de ce fait essentiel lorsqu'il a été contesté.

En refusant de reconnaître les jugements entachés de fraude, les tribunaux essaient d'empêcher que l'on abuse du système judiciaire. Je n'aborde pas la question de la compétence des tribunaux à examiner les cas de fraude touchant le fond d'un litige puisqu'il ne s'agit pas de cela ici. Lorsqu'ils cherchent à savoir si la compétence interne du tribunal qui a prononcé le jugement a été viciée par la fraude, les tribunaux appliquent la notion d'ordre public du lieu.

Les motifs pour lesquels un jugement de divorce prononcé dans un état peut être attaqué dans un autre sont, en fait, peu nombreux. Cependant, la tendance de la jurisprudence est d'admettre l'infirmité du jugement lorsque les faits qui ont donné compétence à l'état où a été prononcé ledit jugement, ne la lui auraient pas conférée si la vérité avait été connue. La fraude portant sur le fond d'un litige peut être aussi exécrationnelle que la fraude portant sur la compétence, mais jusqu'à présent nous avons refusé, pour des raisons pratiques et par courtoisie, de nous pencher sur la première. Même dans le cadre restreint de ce que l'on pourrait appeler la fraude relative à la compétence, il faut hésiter avant de conclure à la fraude pour des raisons évidentes. En l'espèce, le juge de première instance en est arrivé à une conclusion formelle qui s'appuyait indubitablement sur des preuves. Sa conclusion était bien claire. En infirmant ce jugement, la Cour d'appel a parlé de déductions logiques, mais elle n'a pas mis en doute les faits sur lesquels se fonde le jugement de première instance.

the absence of support for the view that the trial judge misapprehended the evidence or misapplied applicable legal principles, I think this Court should respect his findings. I would accordingly allow the appeal with costs.

VI

The respondent sought leave in the event of the appeal being allowed, to deliver a counterclaim, pursuant to s. 1 of the *Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1970, c. 265, asking for maintenance in the sum of \$60 per week or in an amount set by this Court. It is the appellant's contention that the respondent cannot claim such corollary relief, as s. 1 applies only to divorce actions and actions to declare the nullity of voidable marriages. The marriage here, invalid on the grounds of bigamy and void rather than voidable, is, in the submission of the appellant, beyond the scope of the legislation.

Section 1 of the *Matrimonial Causes Act* reads as follows:

1. In any action for divorce or to declare the nullity of any marriage, the court may order that the husband shall secure to the wife, unless she has been guilty of adultery, such gross sum of money or annual sum of money for any term, not exceeding her life, as, having regard to her fortune, if any, and to the ability of the husband and to the conduct of the parties, may be considered reasonable and may suspend the pronouncement of the judgment absolute until all necessary deeds and instruments have been executed.

The appellant argues that a void marriage, being a nullity *ab initio*, need not be the subject of an action to declare the nullity of the marriage. Furthermore, words such as "marriage", "husband", and "wife" in the statute imply that a marriage existed at some time, yet in void marriages there is no status of "husband" or "wife" created. I cannot agree with these contentions, for they are contrary to both the language and the spirit of the Act. The section speaks of "any" action to declare a marriage a nullity, with no restriction to voidable marriages. The use of the words "husband" and

A mon avis, cette Cour n'a pas à remplir le rôle de juge des faits. A défaut de démontrer que le juge de première instance a mal interprété la preuve ou mal appliqué des principes de droits pertinents, cette Cour, à mon sens, se doit de respecter lesdites conclusions. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

VI

L'intimée a demandé l'autorisation, au cas où le pourvoi serait accueilli, de faire une demande reconventionnelle en vertu de l'art. 1 de la *Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1970, c. 265 pour obtenir une pension alimentaire de \$60 par semaine ou d'un montant à être fixé par cette Cour. L'appelant soutient que l'intimée ne peut prétendre à ce redressement accessoire puisque l'art. 1 s'applique seulement aux actions en divorce et en annulation des mariages entachés de nullité relative. En l'espèce, le mariage invalidé pour raison de bigamie est nul plutôt qu'annulable, ce qui dépasse, aux dires de l'appelant, la portée de la Loi.

L'article 1 de la *Matrimonial Causes Act* se lit ainsi:

[TRADUCTION] 1. Dans toute action en divorce ou en annulation d'un mariage, le tribunal peut ordonner que l'époux verse à l'épouse, à moins qu'elle ne soit coupable d'adultère, une somme forfaitaire ou un paiement annuel, qu'il juge raisonnable pour une certaine période, qui ne pourra se prolonger au-delà du décès de l'épouse en tenant compte des biens qu'elle peut avoir, des ressources de l'époux ainsi que de la conduite des parties en cause et le tribunal peut suspendre le jugement définitif jusqu'à ce que tous les actes et documents aient été signés.

L'appelant prétend qu'un mariage nul, d'une nullité *ab initio*, n'exige pas d'action en annulation pour entraîner sa nullité. En outre, les mots «mariage», «époux», «épouse» dans la Loi signifient qu'un mariage a existé à un moment donné alors que dans le mariage nul, le statut d'«époux» ou d'«épouse» n'existe pas. Je ne peux accepter ces affirmations, car elles sont contraires au texte et à l'esprit de cette Loi. L'article mentionne «toute» action visant à annuler un mariage sans se limiter aux mariages annulables. L'emploi des mots «époux» et «épouse» est raisonnable parce que les

“wife” is reasonable, for the parties to a non-existent marriage appear *de facto* to be a husband and wife despite their *de jure* status. Nor can I see reason to accord different financial relief in voidable, as opposed to void, marriages. Although a party to a voidable marriage is a husband or wife in law until the marriage is declared to be a nullity, after such a declaration he or she ceases to have that marital status retroactively and assumes the same status as the participant in a void marriage.

The legislative policy underlying the Act reinforces the wording of the statute. At common law the courts could not order maintenance to the “wife” in voidable or void marriages. This was changed in England by the *Matrimonial Causes Act*, 1907, which is phrased in terms similar to the Ontario legislation and which grounded an action for maintenance in a void marriage (See *Ramsay v. Ramsay*¹⁷). At common law, interim alimony could be ordered in a nullity action. The underlying policy was well expressed by MacDonnell, J.A. in *Barnet v. Barnet*¹⁸, at p. 353.

Whatever may be *de jure* the position of the plaintiff, she admittedly had *de facto* the status of the wife, resulting not from some frivolous association nor from what is popularly called “common law marriage” but from years of cohabitation following an apparently regular form of marriage.

The *Matrimonial Causes Act* gives extended recognition to this *de facto* status. Whether or not it is fully consistent with the partnership concept of marriage evolving today that imports equal duties of maintenance on both spouses, the legislation is consistent with traditional maintenance principles. A husband was expected to provide financial support to a wife in return for companionship and service. It is not unreasonable to extend this principle to a marriage that is a nullity. The putative wife has normally provided services and companionship over a period of time and the “husband” is being asked, in an appropriate case, to contribute to the economic support of the

parties à un mariage non existant apparaissent *de facto* comme mari et femme en dépit de leur statut *de jure*. Je ne vois pas pourquoi on n'accorderait pas le même soutien pécuniaire dans un mariage annulable et dans un mariage nul. Même si les conjoints d'un mariage annulable sont mari et femme en droit jusqu'à ce que le mariage soit déclaré nul, ils perdent rétroactivement leur statut conjugal après l'annulation et ils ont alors le même statut que les parties à un mariage nul.

L'intention du législateur sous-jacente à la Loi vient en renforcer la formulation. En *common law*, les tribunaux ne pouvaient pas ordonner le versement d'une pension alimentaire à l'«épouse» dont le mariage était annulable ou nul. La *Matrimonial Causes Act*, 1907, rédigée dans les mêmes termes que la loi de l'Ontario a modifié cette situation en Angleterre. Elle a servi de fondement à une action pour pension alimentaire dans un mariage nul (voir *Ramsay v. Ramsay*¹⁷). En *common law*, on pouvait ordonner une pension alimentaire provisoire dans une action en nullité. L'intention sous-jacente est bien exprimée par le juge MacDonnell dans l'affaire *Barnet v. Barnet*¹⁸, à la p. 353:

[TRADUCTION] Quelle que soit la situation de la demanderesse *de jure*, celle-ci avait manifestement *de facto* le statut d'épouse à la suite de plusieurs années de vie commune, dans le cadre d'un mariage apparemment régulier, et non d'une relation frivole ou de ce qu'on appelle couramment «concubinage».

La *Matrimonial Causes Act* donne plus ample effet à ce statut *de facto*. Que cela soit ou non pleinement conforme à la notion moderne du mariage, qui impose aux partenaires une obligation alimentaire réciproque, la loi respecte toutefois les principes traditionnels en matière de soutien. L'époux devait subvenir aux besoins matériels de l'épouse en échange de ses services et de sa présence. Il n'est pas exagéré d'étendre l'application de ce principe au mariage entaché de nullité. L'épouse putative a normalement fourni ses services et a été présente pendant une période donnée. L'«époux» se voit donc demander, lorsque c'est nécessaire, de contribuer au bien-être économique

¹⁷ (1913), 108 L.T. 382 (Prob. D.).

¹⁸ [1934] O.R. 347 (C.A.).

¹⁷ (1913), 108 L.T. 382 (Prob. D.).

¹⁸ [1934] O.R. 347 (C.A.).

woman after the relationship ends to compensate her for economic opportunities foregone.

While s. 1 of the Act allows the respondent to seek maintenance, I would not deal with her application on the merits. The respondent, in claiming maintenance, seeks to adduce facts that were not produced in evidence at trial and do not form part of the record. Although this Court has the power to hear new evidence pursuant to s. 67 of the *Supreme Court Act*, the respondent did not seek leave to adduce new evidence nor did she demonstrate special grounds for doing so, as required by s. 67. Therefore, I would refer the matter back to the Ontario Supreme Court for a decision on the merits.

VII

In the result I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal for Ontario, and reinstate the judgment at trial with costs in all courts. I would also allow the respondent to deliver a counterclaim for maintenance and refer that matter to the Supreme Court of Ontario for a decision on the merits.

JUDSON J. (*dissenting*)—I would dismiss this appeal and adopt the reasons delivered by the Court of Appeal¹⁹ for its reversal of the judgment at trial.

Appeal allowed, judgment at trial reinstated with costs in all courts, JUDSON J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Gent & Park, London.

Solicitors for the respondent: Lerner & Associates, London.

¹⁹ [1973] 2 O.R. 188.

de la femme à la fin de leur relation et ce, pour l'indemniser des avantages économiques auxquels elle a renoncé.

Bien que l'art. 1 de la Loi permette à l'intimée de demander une pension alimentaire, je n'examinerai pas sa requête au fond. En demandant une pension alimentaire, l'intimée cherche à présenter des faits qui n'ont pas été produits au procès et qui n'apparaissent pas au dossier. Bien que cette Cour ait le pouvoir de recevoir de nouveaux éléments de preuve en vertu de l'art. 67 de la *Loi sur la Cour suprême*, l'intimée n'a pas demandé la permission d'en présenter ni fait valoir de motifs particuliers pour ce faire, comme l'exige l'art. 67. Par conséquent, je renvoie le dossier à la Cour suprême de l'Ontario afin qu'elle prenne une décision au fond.

VII

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir le jugement de première instance avec dépens dans toutes les cours. J'autorise aussi l'intimée à présenter une demande reconventionnelle pour une pension alimentaire et je renvoie le dossier à la Cour suprême de l'Ontario pour qu'elle prenne une décision au fond.

LE JUGE JUDSON (*dissident*)—Je rejetterais le pourvoi et je souscrierais aux motifs énoncés par la Cour d'appel¹⁹ pour infirmer le jugement de première instance.

Pourvoi accueilli, jugement de première instance rétabli, avec dépens dans toutes les cours, le juge JUDSON dissident.

Procureurs de l'appellant: Gent & Park, London.

Procureurs de l'intimée: Lerner & Associates, London.

¹⁹ [1973] 2 O.R. 188.

Westeel-Rosco Limited (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre (*Defendant*) *Respondent*;

and

Sutherland Steel Ltd. (*Defendant*).

1976: February 18; 1976: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Mechanics' liens — Action by unpaid subcontractor against hospital board — Unenforceable lien giving rise to charge upon holdback money — Repeal and re-enactment of statute before trial of action — Rights of subcontractor not impaired — The Mechanics' Lien Act, R.S.S. 1965, c. 277, as amended by 1971, c. 30, s. 3 — The Mechanics' Lien Act, 1973 (Sask.), c. 62.

Crown — Hospital board established by South Saskatchewan Hospital Centre Act, R.S.S. 1965, c. 254 — Unpaid subcontractor — Board not a Crown agent — No bar to enforcement of charge against holdback money — Interpretation Act, R.S.S. 1965, c. 1, s. 7.

The respondent Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre was constituted to construct and operate a hospital on behalf of the Government of Saskatchewan. The appellant, an unpaid subcontractor, claimed to be entitled to a charge upon a holdback fund retained by the Board in connection with the project. At the instance of the head contractor acting on behalf of the Board, the appellant executed a waiver of its rights against the land occupied by the hospital centre. The land in question was owned by the Wascana Centre Authority.

At the date of the issue of the writ, the appellant's rights were fixed and determined by *The Mechanics' Lien Act*, R.S.S. 1965, c. 277, as amended by 1971, c. 30, s. 3, but before the date of trial that Act was repealed and *The Mechanics' Lien Act*, 1973 (Sask.), c. 62, was substituted therefor, and the extent to which the appellant's rights under the first Act were lost or impaired as a result of its repeal and re-enactment was one of the questions at issue in the appeal.

Westeel-Rosco Limited (*Demanderesse*) *Appelante*;

et

Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre (*Défendeur*) *Intimé*;

et

Sutherland Steel Ltd. (*Défenderesse*).

1976: le 18 février; 1976: le 5 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Privilèges de constructeur — Action intentée par un sous-traitant qui n'a pas été payé contre le conseil d'administration d'un hôpital — Privilège ne pouvant être exercé et donnant lieu à une charge grevant la retenue — Ancienne loi abrogée et nouvelle loi adoptée avant l'audition de l'affaire — Les droits du sous-traitant ne sont pas modifiés — The Mechanics' Lien Act, R.S.S. 1965, c. 277, modifiée par 1971, c. 30, art. 3 — The Mechanics' Lien Act, 1973 (Sask.), c. 62.

Couronne — Conseil d'administration de l'hôpital établi par la South Saskatchewan Hospital Centre Act, R.S.S. 1965, c. 254 — Sous-traitant non payé — Le Conseil n'est pas un mandataire de la Couronne — Aucun obstacle à l'exercice de la charge grevant la retenue — Interpretation Act, R.S.S. 1965, c. 1, art. 7.

L'intimé, le Conseil d'administration du Centre hospitalier de la Saskatchewan du sud, a été constitué pour construire et gérer un hôpital pour le compte du gouvernement de la Saskatchewan. L'appelante est un sous-traitant qui n'a pas été payé et qui prétend avoir un droit sur les fonds retenus par le Conseil lors de la construction d'un hôpital. A l'instigation de l'entrepreneur principal, agissant au nom du Conseil, l'appelante a signé une renonciation à ses droits sur le terrain occupé par le centre hospitalier. Le terrain en question était la propriété de la Direction du Centre Wascana.

A la date de la délivrance du bref, les droits de l'appelante étaient déterminés par la *Mechanics' Lien Act*, R.S.S. 1965, c. 277, telle que modifiée par 1971, c. 30, art. 3, mais avant la date de l'audition, cette loi a été abrogée et remplacée par la *Mechanics' Lien Act*, 1973 (Sask.), c. 62, et la mesure dans laquelle cette abrogation et ce remplacement ont supprimé ou diminué les droits que l'appelante possédait en vertu de la première loi est une des questions centrales du pourvoi.

The subcontractor was successful at trial. On appeal, the Court of Appeal reversed the trial judgment and dismissed the action. An appeal was then brought to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

It was not disputed that the lien which arose in favour of the appellant under *The Mechanics' Lien Act*, R.S.S. 1965, c. 277, as amended in 1971, could not be enforced because the land in question, being the property of the Wascana Centre Authority, was subject to the paramount rights of the public. The result was that the appellant's claim was founded upon an unenforceable lien which gave rise to a charge upon the holdback money by virtue of the provisions of s. 11(4) of the old statute.

Under s. 61(1) of the new Act, any lien that arose under the earlier Act and "existing when this Act comes into force shall continue to be as valid and effectual in all respects as it would have been if this Act had not been passed...". One of the respects in which the existing unenforceable lien "continued to be... effectual" was that it entitled the appellant to a charge against the holdback money, and in this respect, as in all others, its effect continued, by virtue of s. 61(1), as if the new Act, including s. 2(4) thereof, had not been passed and the defence which that section would otherwise have afforded to the respondent was not available to it.

As to the waiver executed by the appellant, it was in essence nothing more than an undertaking not to enforce a lien against the property. However, as the appellant's lien could not be enforced against property dedicated to the public as this was, no legal effect could be attached to the waiver. It was not a waiver or renunciation of a charge against the holdback moneys and this was the only claim which the appellant asserted.

The powers with which the Board was endowed were far removed from those of a Crown agency which is subject at every turn to the control of the Crown in executing its powers. Accordingly, the respondent was not a Crown agent and it followed that s. 7 of *The Interpretation Act*, R.S.S. 1965, c. 1, which provides that "no provisions in an Act shall affect the rights of Her Majesty unless it is expressly stated therein that Her Majesty is bound thereby", had no application to it and constituted no bar to the enforcement of the charge against the holdback money.

Le sous-traitant a eu gain de cause en première instance. En appel, la Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance et a rejeté l'action. Un pourvoi a donc été interjeté devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Il n'est pas contesté que le privilège de l'appelante en vertu de la *Mechanics' Lien Act*, R.S.S. 1965, c. 277, modifiée en 1971, ne peut être exercé sur l'immeuble en question, propriété de la Direction du Centre de Wascana, parce que celui-ci est assujéti aux droits primordiaux du public. Il en résulte qu'étant fondée sur un privilège qui ne peut être exercé, la réclamation de l'appelante était une charge grevant la retenue en vertu des dispositions de l'art. 11(4) de l'ancienne loi.

En vertu du par. 61(1) de la nouvelle loi, tout privilège né sous la loi précédente et existant au moment de la mise en vigueur de la présente loi, demeure aussi valide et effectif à tous égards que si la présente loi n'avait pas été édictée... L'un des rapports sous lequel le privilège existant quoique ne pouvant être exercé, «est demeuré... effectif» est qu'il confère à l'appelante une charge grevant la retenue. A cet égard, comme à tous les autres, il continue à avoir effet, en vertu de l'art. 61(1), comme si la nouvelle loi, et notamment l'art. 2(4) de celle-ci, n'avait pas été édictée et l'intimé ne peut donc invoquer la défense que cet article lui aurait autrement fournie.

La renonciation signée par l'appelante n'est essentiellement rien d'autre qu'un engagement de ne pas exercer un privilège sur l'immeuble. Cependant, puisque le privilège de l'appelante ne peut s'exercer sur un immeuble destiné à l'usage du public comme l'est celui-ci, il est impossible d'attacher un quelconque effet juridique à la renonciation. Il ne s'agit pas d'une renonciation à une charge grevant la retenue et la réclamation de l'appelante ne porte que sur celle-ci.

Les pouvoirs dont le Conseil est investi sont fort éloignés de ceux d'un mandataire de la Couronne constamment assujéti, dans l'exercice de ses pouvoirs, au contrôle de cette dernière. En conséquence, l'intimé n'est pas un mandataire de la Couronne et il en résulte que l'art. 7 de l'*Interpretation Act*, R.S.S. 1965, c. 1, qui prévoit qu'«aucune disposition d'une loi n'a d'effet sur les droits de Sa Majesté à moins qu'il n'y soit expressément prévu qu'elle lie Sa Majesté», ne lui est pas applicable et ne fait pas obstacle à l'exercice de la charge grevant la retenue.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan¹, reversing a judgment of MacDonald J. in favour of the appellant in a mechanics' lien action. Appeal allowed.

W. R. Matheson, for the plaintiff, appellant.

G. J. K. Neill, for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal which reversed the judgment rendered at trial by Mr. Justice MacDonald and dismissed the action brought by Westeel-Rosco Ltd., (hereinafter sometimes referred to as “Westeel”) against the Board of Governors of the South Saskatchewan Hospital Centre. The appellant is an unpaid subcontractor who claims to be entitled to a charge upon the holdback fund retained by the Board in connection with a hospital construction project. There is no dispute that Westeel has received only \$150,640 on account of the total contract price of \$200,000, leaving an unpaid balance of \$49,360. It cannot recover the balance from the head contractor because the head contractor is insolvent. The question is whether Westeel is entitled to the relief it claims against the Board in the circumstances to be detailed.

The Board contracted with Sutherland Steel Ltd., (hereinafter referred to as “Sutherland”) to erect the structural steel and steel decking for the Hospital. Sutherland subcontracted part of the work to Westeel. The steel work was the second of five phases involved in the construction project.

The date of substantial completion, for the second phase, according to the architects' certificate, was May 28, 1971. That was nearly four months after the date of completion set by Sutherland's contract. The corresponding delay in commencing the third phase of construction prompted the head contractor on the third phase to bring a claim of \$49,272 against Sutherland. At this date, the Board had \$149,122.33 in the holdback fund for the second phase of construction.

¹ [1975] 5 W.W.R. 220, 52 D.L.R. (3d) 718.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan¹, infirmant un jugement du juge MacDonald accueillant l'action fondée sur un privilège de constructeur intentée par l'appelante. Pourvoi accueilli.

W. R. Matheson, pour la demanderesse, appelante.

G. J. K. Neill, pour le défendeur, intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan infirmant le jugement rendu en première instance par le juge MacDonald et rejetant l'action intentée par la Westeel-Rosco Ltd. (parfois appelée ci-après «la Westeel») contre le Conseil d'administration du Centre hospitalier de la Saskatchewan du sud. L'appelante est un sous-entrepreneur qui n'a pas été payé et qui prétend avoir un droit sur les fonds retenus par le Conseil lors de la construction d'un hôpital. Il n'est pas contesté que la Westeel a reçu seulement un acompte de \$150,640 sur un contrat d'un montant total de \$200,000, ce qui laisse un solde impayé de \$49,360. Elle ne peut recouvrer ce solde auprès du principal entrepreneur parce que celui-ci est insolvable. La question est de savoir si la réclamation de la Westeel contre le Conseil est fondée dans les circonstances que nous allons décrire.

Le Conseil a contracté avec la Sutherland Steel Ltd. (appelée ci-après «la Sutherland») pour l'érection de la charpente d'acier de l'hôpital. La Sutherland a, par sous-contrat, confié une partie du travail à la Westeel. L'ouvrage d'acier était la deuxième des cinq étapes du chantier de construction.

Selon le certificat des architectes, la date de quasi-achèvement de la seconde étape est le 28 mai 1971, soit près de quatre mois après la date d'achèvement fixée dans le contrat de la Sutherland. Le commencement de la troisième étape en a été d'autant retardé, ce qui a amené l'entrepreneur principal de la troisième étape à présenter une réclamation de \$49,272 contre la Sutherland. A ce moment, les fonds retenus par le Conseil pour la seconde étape de la construction étaient de \$149,122.33.

¹ [1975] 5 W.W.R. 220, 52 D.L.R. (3d) 718.

The trial judge summarized the correspondence which ensued between Westeel, the Board, and the architects as follows:

On 1 June 1971, Westeel wrote to the Centre as follows:

As requested in our recent telephone conversation the balance owing to us by Sutherland Steel Company Limited on the South Saskatchewan Hospital Centre project is \$50,070.50. This amount represents the holdback. Please let us know when you expect to be in a position to release the holdback.

(This figure included the cost of a bond in the amount of \$710.50, the plaintiff dropped its claim for the bond premium so that the correct figure is \$49,360.00).

The Centre replied:

In reply to your letter of June 1, 1971 this is to advise that "Substantial Completion" has been established and set as of May 28, 1971 for Sutherland Steel Limited.

Additional details may be obtained from Hospital Design Partners (Ramsay & Ramsay), 1860 Cornwall Street, Regina.

On 9 June 1971, the architects wrote to Westeel as follows:

Replying to your letter of June 7, 1971, we wish to advise that the Contractor (Sutherland Steel) will be eligible for holdback release thirty-one (31) days after date of Substantial Completion which has been established as May 28, 1971. Release of entire amount is contingent upon all deficiencies being attended to at that time.

At this point the Board asked Sutherland to obtain lien waivers from all its subcontractors. Westeel purported to comply with this request on June 21, 1971, by executing a waiver of its rights against the land occupied by the South Saskatchewan Hospital Centre in a form which is hereinafter more fully set forth. The land in question was owned by Wascana Centre Authority. This document was delivered to Sutherland who in turn delivered it to the Board.

The ensuing circumstances are well described in the reasons for judgment rendered at trial by Mr. Justice MacDonald which are now conveniently reported in 42 D.L.R. (3d) at 710 where the following passage occurs at p. 713:

Le juge de première instance a résumé ainsi la correspondance qui s'ensuit entre la Westeel, le Conseil et les architectes:

[TRADUCTION] Le 1^{er} juin 1971, la Westeel écrit ce qui suit au Centre:

Suite à notre récente conversation téléphonique, le solde qui nous est dû par la Sutherland Steel Company Limited pour les travaux du Centre hospitalier de la Saskatchewan du sud est de \$50,070.50. Ce montant représente la retenue. Veuillez nous faire savoir quand vous pensez être en mesure de libérer la retenue.

(Ce chiffre comprenait le coût d'un cautionnement au montant de \$710.50, mais la demanderesse ayant renoncé à en réclamer la prime, le chiffre exact est de \$49,360).

Le Centre répondit:

En réponse à votre lettre du 1^{er} juin 1971, nous vous informons par la présente que la date de «quasi-achèvement» a été fixée au 28 mai 1971 pour la Sutherland Steel Limited.

Des renseignements supplémentaires peuvent être obtenus auprès de Hospital Design Partners (Ramsay et Ramsay), 1860 rue Cornwall, Regina.

Le 9 juin 1971, les architectes écrivirent ce qui suit à la Westeel:

En réponse à votre lettre du 7 juin, nous désirons vous informer que l'entrepreneur (Sutherland Steel) pourra bénéficier de la libération de la retenue trente-et-un (31) jours après la date de quasi-achèvement des travaux qui a été fixée au 28 mai 1971. Le montant entier ne sera libéré que sous réserve de tous vices constatés à cette date.

Le Conseil demanda alors à la Sutherland d'obtenir de ses sous-traitants une renonciation à leur privilège. La Westeel prétendit satisfaire à cette demande le 21 juin 1971, en signant une renonciation à ses droits sur le terrain occupé par le Centre hospitalier de la Saskatchewan du sud, sous une forme qui sera précisée plus loin. Le terrain en question était la propriété de la Direction du Centre Wascana. Ce document fut remis à la Sutherland qui, à son tour, le remit au Conseil.

La suite des événements a été bien décrite par le juge MacDonald, dans les motifs du jugement de première instance, qui sont maintenant publiés dans les D.L.R. (3d), vol. 42, p. 710. A la p. 713, nous trouvons le passage suivant:

On July 23, 1971, the Centre was authorized by the architects to pay out the moneys due to Sutherland of \$99,850.33 plus the \$49,272 holdback. The Centre was to retain \$6,800 for incomplete work (\$3,600 of this was for steel decking which was completed by Westeel). The Centre was advised that Poole had a claim against Sutherland for delay so it did not pay out the holdback and as a result Sutherland did not pay Westeel \$49,272 which was the amount of a claim of Poole, the phase 3 contractor, against Sutherland for delay, etc. The Centre paid approximately the \$6,800 aforementioned to Poole to complete work that Sutherland should have done. The \$6,800 was not owing to Sutherland by the Centre as the work was not done. The retained funds of \$49,272 were held by the Centre until the Centre made a settlement with Poole on its claim against Sutherland in the amount of \$25,000 in 1973. The balance of the funds (\$24,791) held by the Centre have been paid into Court in this action. Sutherland did not complete the work under the contract but Westeel completed all of its work, including the work to the value of \$3,600 that was incomplete as of July, 1971. Poole completed the work not completed by Sutherland which the architect estimated to be of a value of \$3,200. Poole charged the Centre approximately \$6,800 for such completion and was paid by the Centre.

On September 10, 1971, the architects advised the plaintiff herein that:

It is our opinion that your problem lies directly with Sutherland Steel Limited, the Phase 2 Contractor. The owner has fulfilled his obligations, as described above, to the Contractor and when so doing received a Waiver of Lien from your firm and other major subtrades. This document of course cannot be returned.

The plaintiff issued a writ on August 16, 1972, against the Centre and Sutherland claiming \$49,360, the balance of its contract price. The Centre is sued, as, at that time it had retained \$49,272 from Sutherland. The plaintiff's claim is made pursuant to s. 11 of the *Mechanics' Lien Act*, R.S.S. 1965, c. 277, as amended by 1971, c. 30, s. 3. The plaintiff claims:

- (a) A declaration that it is entitled to a charge on the money being held back by the Defendant Hospital pursuant to its contract with the Defendant Sutherland to the extent of \$49,360.00, or to the extent of

[TRADUCTION] Le 23 juillet 1971, les architectes autorisèrent le Centre à payer les sommes dues à la Sutherland, soit \$99,850.33, plus la retenue de \$49,272. Le Centre devait retenir \$6,800 pour travaux incomplets (dont \$3,600 pour la charpente d'acier des planchers qui fut terminée par la Westeel). Le Centre fut alors informé que Poole avait une réclamation pour retard contre la Sutherland, si bien qu'il ne paya pas la retenue, en conséquence de quoi la Sutherland ne paya pas à la Westeel les \$49,272 qui correspondaient au montant que Poole, l'entrepreneur de l'étape 3, réclamait à la Sutherland pour son retard etc... Le Centre paya approximativement les \$6,800 ci-dessus à Poole pour l'achèvement des travaux que la Sutherland aurait dû effectuer. Le Centre ne devait pas les \$6,800 à la Sutherland, puisque les travaux n'avaient pas été effectués. Le retenue de \$49,272 fut conservée par le Centre jusqu'à ce que celui-ci en arrive, en 1973, à un règlement de \$25,000 avec Poole pour la réclamation de celui-ci contre la Sutherland. Le solde des fonds (\$24,791) retenus par le Centre a été consigné en cour lors de la présente action. La Sutherland n'acheva pas les travaux prévus au contrat, mais la Westeel exécuta tous les siens, y compris les travaux de \$3,600 qui n'étaient pas achevés en juillet 1971. Poole acheva les travaux qui n'avaient pas été exécutés par la Sutherland et que l'architecte évalua à \$3,200. Poole demanda approximativement \$6,800 au Centre pour cet achèvement et le Centre les paya.

Le 10 septembre 1971, les architectes informèrent la demanderesse dans la présente instance que:

A notre avis, votre problème vient directement de la Sutherland Steel Limited, entrepreneur de l'étape 2. Le propriétaire a rempli ses obligations, décrites ci-dessus, à l'égard de l'entrepreneur et a reçu, à cette occasion, une renonciation au privilège de votre maison ainsi que d'autres sous-traitants importants. Ce document ne peut évidemment pas vous être retourné.

Le 16 août 1972, la demanderesse a intenté une action contre le Centre et la Sutherland dans laquelle elle réclame \$49,360, solde lui restant dû en vertu du contrat. Le Centre est poursuivi car il avait, à cette époque, retenu \$49,272 de la Sutherland. La réclamation de la demanderesse est présentée en vertu de l'art. 11 de la *Mechanics' Lien Act*, R.S.S. 1965, c. 277, modifié en 1971, c. 30, art. 3. Elle réclame:

- a) une déclaration selon laquelle elle a un droit sur les sommes retenues par l'hôpital défendeur en vertu de son contrat avec la défenderesse Sutherland à concurrence de \$49,360, ou à concurrence du mon-

the amount of such holdback fund if it is less than \$49,360.00.

- (b) An order directing the Defendant Hospital to pay to the Plaintiff from the said holdback fund the amount of the Plaintiff's claim as aforesaid, or, alternatively, the amount of the holdback fund if it should be less than the amount of the plaintiff's claim.
- (c) In the event that the holdback fund is less than the amount of the Plaintiff's claim, judgment against the Defendant Sutherland for the deficiency.
- (d) The costs of this action against the Defendant Hospital.

Sutherland never participated in the litigation.

As of the date of the issue of the writ, the appellant's rights were, in my opinion, fixed and determined by the said *Mechanics' Lien Act*, R.S.S. 1965, c. 277, amended as aforesaid, (hereinafter referred to as the old Act), but before the date of the trial (December 3, 1973) that Act was repealed and *The Mechanics' Lien Act*, 1973 (Sask.), c. 62, (hereinafter referred to as the new Act) was substituted therefor, and the extent to which the appellant's rights under the first Act were lost or impaired as a result of its repeal and re-enactment is one of the questions which lies at the heart of this appeal.

The appellant's right to a charge against the holdback money was established by s. 11(3) and (4) of the first Act which reads as follows:

(3) Subject to subsection (3) of section 17, *in all cases in which for any reason a lien cannot arise under the provisions of this Act or cannot be enforced against the lands of any party to the contract* the person primarily liable upon the contract or any subcontract thereunder shall nevertheless, as the work is done, services are rendered or materials are furnished under the contract retain for the statutory period twenty per cent of the value of the work done, services rendered or materials furnished irrespective of whether the contract provides for periodical payments or payment on completion of the work, services or furnishing of the materials or otherwise, as the case may be.

(4) The Claims of the persons who have done or caused to be done any work, rendered any services on or in respect of an improvement or furnished any materials to be used in or on an improvement for the owner,

tant de la retenue si celle-ci est inférieure à \$49,360.

- b) une ordonnance intimant à l'hôpital défendeur de payer à la demanderesse, à même la retenue, le montant de la réclamation susdite ou, à défaut, le montant de la retenue s'il est inférieur à celui de la réclamation de la demanderesse.
- c) au cas où la retenue serait inférieure au montant de la réclamation de la demanderesse, jugement pour la différence contre la défenderesse Sutherland.
- d) la condamnation de l'hôpital défendeur aux dépens de la présente action.

La Sutherland n'a jamais pris part au procès.

A la date de la délivrance du bref, les droits de l'appelante étaient, à mon avis, déterminés par ladite *Mechanics' Lien Act*, R.S.S. 1965, c. 277, telle que modifiée (appelée ci-dessous l'ancienne loi), mais avant la date de l'audition (3 décembre 1973), cette loi a été abrogée et remplacée par la *Mechanics' Lien Act*, 1973 (Sask.), c. 62, (appelée ci-dessous la nouvelle loi) et la mesure dans laquelle cette abrogation et ce remplacement ont supprimé ou diminué les droits que l'appelante possédait en vertu de la première loi est une des questions centrales du pourvoi.

Le droit de l'appelante à une charge grevant la retenue a été établi par l'art. 11(3) et (4) de la première loi, qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] (3) Sous réserve du paragraphe (3) de l'article 17, *dans tous les cas où pour une raison quelconque un privilège ne peut naître en vertu des dispositions de la présente loi ou ne peut s'exercer sur les biens-fonds de toute partie au contrat*, la personne principalement liée par le contrat ou tout contrat de sous-entreprise doit néanmoins, lorsque les travaux sont effectués, les services rendus ou les matériaux fournis en vertu du contrat, retenir pendant le délai fixé par la loi vingt pour cent de la valeur des travaux effectués, des services rendus ou des matériaux fournis, que le contrat prévoit des paiements échelonnés ou le paiement à la fin des travaux, des services ou des fournitures de matériaux ou, éventuellement, d'autres modalités de paiement.

(4) Les réclamations des personnes qui ont effectué ou fait effectuer des travaux, rendu des services à l'occasion de travaux d'amélioration ou fourni des matériaux destinés à une amélioration, pour le propriétaire, l'entre-

contractor or subcontractor named in any contract mentioned in subsection (3) shall, for so much of the price of the work, services and materials as remains owing, be a charge upon the amount directed to be retained by subsection (3) in favour of the claimants who claim under the persons to whom the moneys so required to be retained are respectively payable.

(The italics are my own.)

The appellant took the position that a lien arose in its favour under the old Act, but that it could not be enforced because, the land being the property of the Wascana Centre Authority, was subject to the paramount rights of the public (See *The Wascana Centre Act*, R.S.S. 1965, c. 401). This position is reinforced by reference to the case of *Alspan Wrecking Ltd. v. Dineen Construction Ltd.*², and in any event it was not disputed by the respondent. In this regard the learned trial judge observed at p. 715:

The plaintiff alleged that it was not entitled to enforce a lien against the lands upon which the Centre was constructed as the lands were owned by Wascana Centre Authority at the time and may still be. It was not alleged by the plaintiff that Wascana Centre Authority was exempt from a lien because it was a Crown appendage but on the ground of the paramount rights of the public: see *Alspan Wrecking Ltd. v. Dineen Construction Ltd.*, a judgment of the Supreme Court of Canada (1972), 26 D.L.R. (3d) 238, [1972] S.C.R. 829. In any case the defendant did not dispute the allegation of the plaintiff that it was not entitled to a lien against the property.

The paramount right of the public under consideration in the *Dineen Construction Ltd.* case, *supra*, was the right to use a public bridge in the City of Winnipeg, and it was there decided that a mechanics' lien could not be enforced against the bridge. In reaching this conclusion, reliance was placed on the judgment rendered by Mr. Justice Dickson, then sitting as a judge of the Court of Queen's Bench of Manitoba, in the case of *Re Shields and City of Winnipeg*³, where the question was whether the interest of the City of Winnipeg in a public street could become subject to a mechanics' lien. In the course of his reasons for

² [1972] S.C.R. 829.

³ (1964), 47 D.L.R. 346, 49 W.W.R. 530.

preneur ou le sous-traitant désigné dans tout contrat mentionné au paragraphe (3), constituent, à concurrence du prix des travaux, services et matériaux qui demeure dû, une charge grevant le montant dont le paragraphe (3) ordonne la retenue en faveur des personnes qui ont une réclamation contre les personnes auxquelles les sommes dont la retenue est ainsi exigée sont respectivement payables.

(Les italiques sont de moi.)

La position de l'appelante est que l'ancienne loi lui conférerait un privilège, mais que celui-ci ne pouvait être exercé parce que le bien-fonds était la propriété de la Direction du Centre Wascana et était assujéti aux droits primordiaux du public. (Voir *The Wascana Centre Act*, R.S.S. 1965, c. 401.) Cette position s'appuie sur l'arrêt *Alspan Wrecking Ltd. c. Dineen Construction Ltd.*², et n'a d'ailleurs pas été contestée par l'intimé. A ce sujet, le savant juge de première instance a fait remarquer, à la p. 715:

[TRADUCTION] La demanderesse prétend qu'elle ne peut exercer un privilège sur les biens-fonds sur lesquels le Centre a été construit car ceux-ci étaient, à l'époque, la propriété de la Direction du Centre Wascana et le sont peut-être encore. La demanderesse ne prétend pas que la Direction du Centre Wascana était soustraite à un privilège parce qu'elle est mandataire de la Couronne mais en raison des droits primordiaux du public: voir l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Alspan Wrecking Ltd. c. Dineen Construction Ltd.* (1972), 26 D.L.R. (3d) 238, [1972] R.C.S. 829. La défenderesse ne conteste d'ailleurs pas la prétention de la demanderesse selon laquelle elle n'a pas de privilège sur l'immeuble.

Le droit primordial du public examiné dans l'affaire *Dineen Construction Ltd.* précitée était le droit d'utilisation d'un pont public de la ville de Winnipeg et on y a décidé qu'on ne pouvait exercer sur ce pont un privilège des constructeurs et fournisseurs de matériaux. Pour parvenir à cette conclusion, on s'est appuyé sur le jugement rendu par le juge Dickson, siégeant alors à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, dans l'affaire *Re Shields and City of Winnipeg*³, où il s'agissait de savoir si les droits que possédait la ville de Winnipeg sur une voie publique pouvaient être l'objet d'un privilège des constructeurs et fournisseurs de maté-

² [1972] R.C.S. 829.

³ (1964), 47 D.L.R. 346, 49 W.W.R. 530.

judgment in that case, Mr. Justice Dickson said:

Clearly, the object of the *Mechanics' Liens Act* is to prevent owners of land getting the benefit of work done on their land without paying for it. Although the statutory holdback may be available to meet the claims of lienholders, I am fully in accord with the view that the substance of the *Mechanics' Liens Act* is the sale. And I cannot conceive that the sale or attempted sale of the city's possessory rights in Church and Sheppard Sts. could be otherwise than a denial of, or gravely prejudicial to, the paramount right of the public to pass and repass over those streets.

And he later concluded by saying:

I would add that those opposing the validity of the liens advanced the argument that the streets are, in fact, by virtue of s. 683 of the *Winnipeg Charter*, Crown land; that s. 15 of the *Interpretation Act*, 1957 (Man.), c. 33, provides:

15. No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner unless it is expressly stated therein that Her Majesty is bound thereby.

—that the *Mechanics' Liens Act* does not bind the Crown, and, therefore, no lien can exist against the streets. I prefer to rest the conclusion which I have reached on the ground that the city has a possessory estate or interest in its streets; that such possessory estate or interest might be offered for sale but in my opinion any such sale would be clearly contrary to the public interest and should not be permitted.

The last words of this quotation in my opinion apply with equal force to the present circumstances and I am satisfied that any sale of the hospital property in the present case "would be clearly contrary to the public interest and should not be permitted". I agree also that the ultimate recourse for the enforcement of the mechanics' lien is recovery from the proceeds of the sale of the property.

The result is that the appellant's claim is founded upon an unenforceable lien which gave rise to a charge upon the holdback money by virtue of the provisions of s. 11(4) of the old statute.

By way of defence the respondent contends that this is an action for the enforcement of a lien which was commenced and pending when the new

rioux. En exposant ses motifs de jugement dans cette affaire, le juge Dickson a déclaré:

[TRADUCTION] Le but de la *Mechanics' Lien Act* est évidemment d'empêcher les propriétaires de tirer profit, sans les payer, des travaux effectués sur leur bien-fonds. Bien que l'on puisse éventuellement satisfaire les détenteurs de privilège avec la retenue exigée par la Loi, je partage pleinement l'opinion selon laquelle la *Mechanics' Lien Act* tend essentiellement à la vente. Et je ne puis concevoir que l'on puisse vendre ou envisager de vendre les droits que la ville possède sur les rues Church et Sheppard sans nier le droit primordial qu'a le public d'emprunter continuellement ces rues, ou sans y porter gravement atteinte.

Et il concluait plus loin:

[TRADUCTION] J'ajouterais que ceux qui contestent la validité des privilèges soutiennent que les rues sont, en fait, en vertu de l'art. 683 de la *Charte de Winnipeg*, des terres de la Couronne; que l'art. 15 de l'*Interpretation Act*, 1957 (Man.), c. 33, dispose que:

15. Aucune loi ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur Sa Majesté ou sur ses droits et prérogatives de quelque manière à moins qu'il ne soit expressément prévu que Sa Majesté est liée par ses dispositions.

—que la *Mechanics' Lien Act* ne lie pas la Couronne et qu'en conséquence, les rues ne peuvent être grevées d'aucun privilège. Je préfère m'en tenir à la conclusion à laquelle je suis parvenu en me fondant sur le droit de propriété que la ville possède sur ses rues; qu'un tel droit pourrait être mis en vente mais qu'à mon avis, une telle vente serait clairement contraire à l'intérêt public et doit être interdite.

Les derniers mots de cette citation s'appliquent à mon avis avec une force égale aux circonstances présentes et je suis convaincu qu'en l'espèce toute vente des biens de l'hôpital «serait clairement contraire à l'intérêt public et doit être interdite». Je suis également d'accord que l'ultime recours pour l'exercice du privilège des constructeurs et fournisseurs de matériaux est de se payer à même les produits de la vente de l'immeuble.

Il en résulte qu'étant fondée sur un privilège qui ne peut être exercé, la réclamation de l'appelante était une charge grevant la retenue en vertu des dispositions de l'art. 11(4) de l'ancienne loi.

En défense, l'intimé prétend qu'il s'agit d'une action en exercice de privilège qui était commencée et pendante lors de la mise en vigueur de la

Act came into force and that, under s. 61 of that Act all of its provisions “apply *mutatis mutandis* to the action”. Section 2(4) of the new Act, however, provides that “This Act does not apply to the Crown as defined by *The Public Works Creditors’ Payments Act, 1973*” and under the Schedule to that Act, “Crown” includes for the purpose of that Act the South Saskatchewan Hospital Centre. Accordingly this action would fail if it were held to be subject to *all* the provisions of the new Act.

This argument can best be tested by considering the text of s. 61 of the new Act in conjunction with s. 11(3) of the old. As I have observed, it is not disputed that the present lien, which arose under *The Mechanics’ Lien Act, R.S.S. 1965, c. 277*, as amended in 1971, is not enforceable against the property in question which is subject to the paramount rights of the public.

Section 61 of the new Act reads as follows:

61. (1) Subject to subsections (2) and (3), any lien that arose under *The Mechanics’ Lien Act*, being chapter 277 of *The Revised Statutes of Saskatchewan, 1965*, and existing when this Act comes into force shall continue to be as valid and effectual in all respects as it would have been if this Act had not been passed and if any such lien has not been registered when this Act comes into force it may be registered under and in accordance with the provisions of this Act.

(2) A lien mentioned in subsection (1) may be enforced by action in the court in accordance with the provisions of this Act but if any action has been commenced to enforce the lien and is pending when this Act comes into force all the provisions of this Act and all the remedies provided in this Act shall, on and from the coming into force of this Act, apply *mutatis mutandis* to the action and a judge upon the application of any party to the action or any interested person may make all such orders and give all such directions as may be necessary to give full force and effect to those provisions.

(3) Where a lien or charge has arisen in respect of work done, services rendered or materials furnished under a contract that was entered into before this Act comes into force but has been completed, abandoned or otherwise terminated after this Act comes into force, all the provisions of this Act apply to the lien or charge and to the enforcement thereof as if the work had been done,

nouvelle loi et qu’en vertu de l’art. 61 de cette loi, toutes les dispositions de celle-ci «s’appliquent *mutatis mutandis* à l’action». L’article 2(4) de la nouvelle loi prévoit toutefois que [TRADUCTION] «Cette loi ne s’applique pas à la Couronne, telle qu’elle est définie par la *Public Works Creditors’ Payments Act de 1973*» et en vertu de l’annexe à cette loi, le mot «Couronne» comprend, pour les fins de cette loi, le Centre hospitalier de la Saskatchewan du sud. Il en résulte que la présente action devrait être rejetée si l’on décidait qu’elle est soumise à *toutes* les dispositions de la nouvelle loi.

La meilleure façon d’éprouver cet argument est d’examiner le texte de l’art. 61 de la nouvelle loi en conjonction avec l’art. 11(3) de l’ancienne. Comme je l’ai fait observer, il n’est pas contesté que le présent privilège, qui est né sous la *Mechanics’ Lien Act, R.S.S. 1965, c. 277*, modifiée en 1971, ne peut être exercé sur l’immeuble en question qui est assujéti aux droits primordiaux du public.

L’article 61 de la nouvelle loi se lit ainsi:

[TRADUCTION] 61. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), tout privilège né sous la *Mechanics’ Lien Act*, contenu au chapitre 277 des *Lois refondues de la Saskatchewan de 1965*, et existant au moment de la mise en vigueur de la présente loi, demeure aussi valide et effectif à tous égards que si la présente loi n’avait pas été édictée et si un tel privilège n’avait pas été enregistré au moment de la mise en vigueur de la présente loi, il peut l’être conformément aux dispositions de celle-ci.

(2) Un privilège mentionné au paragraphe (1) peut être exercé en justice conformément aux dispositions de la présente loi mais si une action a été commencée pour exercer le privilège et est pendante au moment de la mise en vigueur de la présente loi, toutes les dispositions de cette loi ainsi que tous les recours prévus par elle s’appliquent *mutatis mutandis*, à compter de sa mise en vigueur, à l’action et un juge peut, sur demande de toute partie à l’action ou de toute personne intéressée, rendre toutes ordonnances et prendre toutes mesures nécessaires pour donner plein effet à ces dispositions.

(3) Quand un privilège ou une charge est né à l’occasion de travaux effectués, de services rendus ou de matériaux fournis en vertu d’un contrat passé avant la mise en vigueur de la présente loi mais a été exécuté, abandonné ou autrement terminé après sa mise en vigueur, toutes les dispositions de la présente loi s’appliquent au privilège ou à la charge et à son exercice

services rendered or the materials furnished after this Act came into force.

(The italics are my own.)

In my view, s. 61(2) can have no application to the present action as it is not one which was "commenced to enforce the lien" but rather for a declaration that the appellant is entitled to "a charge" on the holdback money. Section 61(3) is equally inapplicable because the work was not "completed, abandoned or otherwise terminated after" the new Act came into force.

The provisions of s. 61(1) do, however, appear to govern the present circumstances and one of the respects in which the existing unenforceable lien "continued to be . . . effectual" was that it entitled the appellant to a charge against the holdback money, and in this respect, as in all others, its effect continues, by virtue of s. 61(1), as if the new Act, including s. 2(4) thereof, had not been passed and the defence which that section would otherwise have afforded to the respondent is not available to it.

The respondent relied on a further defence arising out of the waiver executed by the appellant at the instance of the contractor Sutherland acting on behalf of the respondent Board.

The waiver in question reads as follows:

KNOW ALL MEN BY THESE PRESENTS that
the undersigned
for the purpose of

Purpose of Waiver,
e.g. to allow a loan to
be obtained on the
land and premises.

upon the property hereinafter
described do hereby renounce
and waive any right, which
have or may have to
any lien for work done, services
rendered or to be rendered, or
materials supplied or to be sup-
plied, for or in connection with
the building now in course of
construction upon the said land
hereinafter described and any
and all right to register a claim

comme si les travaux avaient été effectués, les services rendus ou les matériaux fournis après la mise en vigueur de la présente loi.

(Les italiques sont de moi.)

A mon avis, l'art. 61(2) ne peut avoir d'application dans la présente action. En effet, il ne s'agit pas d'une action [TRADUCTION] «commencée pour exercer le privilège» mais plutôt pour faire déclarer que l'appelante a droit à «une charge» sur la retenue. L'article 61(3) est également inapplicable parce que les travaux n'ont pas été [TRADUCTION] «exécutés, abandonnés ou autrement terminés après» la mise en vigueur de la nouvelle loi.

Par contre, les dispositions de l'art. 61(1) régissent bien la présente espèce et l'un des rapports sous lesquels le privilège existant, quoique ne pouvant être exercé, [TRADUCTION] «est demeuré . . . effectif» est qu'il confère à l'appelante une charge grevant la retenue. A cet égard, comme à tous les autres, il continue à avoir effet, en vertu de l'art. 61(1), comme si la nouvelle loi, et notamment l'art. 2(4) de celle-ci, n'avait pas été édictée et l'intimé ne peut donc invoquer la défense que cet article lui aurait autrement fournie.

L'intimé a présenté une autre défense tirée de la renonciation signée par l'appelante sur les instances de l'entreprise Sutherland agissant au nom du Conseil intimé.

La renonciation en question se lit comme suit:

[TRADUCTION]
QU'IL SOIT CONNU PAR LES PRÉSENTES que
le soussigné
dans le but de

But de la
renonciation, c.-à-d.
permettre l'obtention
d'un prêt sur le
terrain et les
bâtiments.

sur la propriété décrite ci-des-
sous renonce à tout privilège
que ont ou peuvent
avoir pour travaux effectués,
services rendus ou à rendre, ou
matériaux fournis ou à fournir,
pour ou en relation avec l'im-
meuble actuellement en cons-
truction sur le terrain décrit
ci-dessous et à tout droit d'en-
registrer une revendication de
privilège sur ledit terrain ou

of Lien against the said land or building, which land is described as

That occupied by the South Saskatchewan Hospital Centre, Phase 2, perimeter route Regina, Saskatchewan.

IN WITNESS WHEREOF the parties have hereunto set their hands and seals this 21st day of June A.D. 1971

Witness)
) WESTEEL-ROSCO
) LIMITED
)
) "W. D. Dutell"
) per.....
)
) Vice-President
)

immeuble, lequel terrain est décrit comme

Celui qui est occupé par le Centre hospitalier de la Saskatchewan du sud, étape 2, voie périphérique, Regina, Saskatchewan.

EN FOI DE QUOI les parties ont apposé leurs signatures et leurs sceaux ce 21 juin de l'an de grâce 1971

Témoin)
) WESTEEL-ROSCO
) LIMITED
)
) «W. D. Dutell»
) par.....
)
) Vice-président
)

The purpose of this document is expressly stated to be "to allow a loan to be obtained on the land and premises" and it constitutes a renunciation of the appellant's rights, including the right to register a claim of lien, against the *land*.

The fact that the respondent made the obtaining of this waiver a prerequisite to the release of the holdback moneys does not change its character. It is in essence nothing more than an undertaking not to enforce a lien against the property, but as I share the view that the appellant's lien cannot be enforced against property dedicated to the public as this was, I am unable to attach any legal effect to the waiver. It is not a waiver or renunciation of a charge against the holdback moneys and this is the only claim which the appellant asserts.

The respondent further contends, however, that even if the old Act were the governing statute, the appellant's action must fail because that statute did not state expressly that it did not apply to the Crown or its agent.

By *The Interpretation Act*, R.S.S. 1965, c. 1, it is provided that "No provisions in an act shall

Ce document a pour but expressément déclaré de [TRADUCTION] «permettre l'obtention d'un prêt sur le terrain et les bâtiments» et il constitue une renonciation de l'appelante à ses droits sur le *terrain*, et notamment à son droit d'enregistrer une revendication de privilège.

Le fait que l'intimé ait fait de l'obtention de cette renonciation un préalable à la libération de la retenue ne change pas sa nature. Elle n'est essentiellement rien d'autre qu'un engagement de ne pas exercer un privilège sur l'immeuble, mais comme je suis d'avis que le privilège de l'appelante ne peut s'exercer sur un immeuble destiné à l'usage du public comme l'est celui-ci, il m'est impossible d'attacher un quelconque effet juridique à la renonciation. Il ne s'agit pas d'une renonciation à une charge devant la retenue et la réclamation de l'appelante ne porte que sur celle-ci.

Toutefois, l'intimé prétend aussi que, même si l'ancienne loi est la seule applicable, l'action de l'appelante doit être rejetée parce que cette loi ne disposait pas expressément qu'elle s'appliquait à la Couronne ou à ses mandataires.

L'Interpretation Act, R.S.S. 1965, c. 1, dispose que [TRADUCTION] «aucune disposition d'une loi

affect the rights of Her Majesty unless it is expressly stated therein that Her Majesty is bound thereby." As the Crown is not mentioned in the old Act, it cannot be bound by its provisions and the sole question raised by this contention is whether the respondent is an agent of the Crown. This question was dealt with in the Court of Appeal in the following passages of Mr. Justice Hall's reasons for judgment which are now reported in [1975] 4 W.W.R. 220, where he said at p. 221:

The appellant Board was constituted to construct and operate the hospital on behalf of the Government of Saskatchewan. Its members are appointed by the Lieutenant-Governor in Council. Neither the Board nor any of its individual members have a financial interest in the project. Although the appellant has the power to borrow moneys and to charge for services supplied by the hospital it is manifest from reading the entire South Saskatchewan Hospital Centre Act that the hospital is to be built by and operated with public funds. Sections 15 and 16 of the Act provide:

"15. There shall be paid annually to the board such sums as may be appropriated by the Legislature for the purpose of making provision for the maintenance and support of the hospital and payment of the expenses of the board.

16. The accounts of the board shall be audited at least once a year by the Provincial Auditor or by a person appointed by the Lieutenant Governor in Council for that purpose."

Section 17 of the Act requires the appellant to make an annual report to the Minister of Public Health, in which shall be set forth in detail revenues, expenditures, and estimates.

When these factors are considered along with the principles set out in *Halifax v. Halifax Harbour Comms.*, [1935] S.C.R. 215, [1935] 1 D.L.R. 657; and *Re Sask. Govt. Insur. Office and Saskatoon*, [1947] 2 W.W.R. 1028, [1948] 2 D.L.R. 30 (Sask. C.A.), it must be said that the appellant is an agent of the Crown and that *The Mechanics' Lien Act* does not apply to it. The respondent therefore never had a right of action against the appellant.

With the greatest respect I do not share these views.

Whether or not a particular body is an agent of the Crown depends upon the nature and degree of

n'a d'effet sur les droits de Sa Majesté à moins qu'il n'y soit expressément prévu qu'elle lie Sa Majesté». Comme la Couronne n'est pas mentionnée dans l'ancienne loi, elle ne peut être liée par ses dispositions et la seule question soulevée par cette prétention est de savoir si l'intimé est un mandataire de la Couronne. La Cour d'appel a traité de cette question dans les passages suivants des motifs du jugement du juge Hall, maintenant publiés aux W.W.R. de 1975, vol. 4, p. 220, où il déclare à la p. 221:

[TRADUCTION] Le Conseil appelant a été constitué pour construire et gérer l'hôpital pour le compte du gouvernement de la Saskatchewan. Ses membres sont nommés par le Lieutenant-Gouverneur en conseil. Ni le Conseil ni les membres qui le composent ne sont financièrement intéressés au projet. Bien que l'appelant ait le pouvoir de faire des emprunts et de faire payer les services fournis par l'hôpital, il est manifeste, à la lecture de l'ensemble de la South Saskatchewan Hospital Centre Act, que l'hôpital doit être construit et doit fonctionner avec des fonds publics. Les articles 15 et 16 de la loi prévoient que:

«15. Seront payées annuellement au conseil les sommes qui peuvent être affectées par la Législature à l'entretien et à la subvention de l'hôpital ainsi qu'au paiement des dépenses du conseil.

16. La comptabilité du conseil sera vérifiée au moins une fois par année par le Vérificateur provincial ou par une personne désignée à cette fin par le Lieutenant-Gouverneur en conseil.»

L'article 17 oblige l'appelant à déposer auprès du ministre de la Santé publique un rapport annuel contenant un tableau détaillé des recettes, des dépenses et des prévisions.

Si l'on considère ces facteurs en corrélation avec les principes posés dans les arrêts *Halifax c. Halifax Harbour Comms.*, [1935] R.C.S. 215, [1935] 1 D.L.R. 657 et *Re Sask. Govt. Insur. Office and Saskatoon*, [1947] 2 W.W.R. 1028, [1948] 2 D.L.R. 30 (Sask. C.A.), on doit conclure que l'appelant est un mandataire de la Couronne et que la *Mechanics' Lien Act* lui est inapplicable. L'intimée n'a donc jamais eu le droit d'action contre l'appelant.

Très respectueusement, je ne partage pas ce point de vue.

Le point de savoir si un organisme donné est un mandataire de la Couronne dépend de la nature et

control which the Crown exercises over it. This is made plain in a paragraph in the reasons for judgment of Mr. Justice Laidlaw, speaking on behalf of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex p. Ontario Food Terminal Board*⁴, at p. 534, where he said:

It is not possible for me to formulate a comprehensive and accurate test applicable in all cases to determine with certainty whether or not an entity is a Crown agent. The answer to that question depends in part upon the nature of the functions performed and for whose benefit the service is rendered. It depends in part upon the nature and extent of the powers entrusted to it. *It depends mainly upon the nature and degree of control exercisable or retained by the Crown.*

The case of *Halifax City v. Halifax Harbour Commissioners*⁵, upon which Mr. Justice Hall placed so much reliance, is a case in which the respondent Commissioners had been clearly designated as Crown agents. In the course of the reasons for judgment which he delivered on behalf of this Court, Duff C.J. summarized the situation as follows at p. 226:

To state again, in more summary fashion, the nature of the powers and duties of the respondents: Their occupation is for the purpose of managing and administering the public harbour of Halifax and the properties belonging thereto which are the property of the Crown; their powers are derived from a statute of the Parliament of Canada; but they are subject at every turn in executing those powers to the control of the Governor representing His Majesty and acting on the advice of His Majesty's Privy Council for Canada, or of the Minister of Marine and Fisheries . . .

After enumerating the various powers delegated to the Commissioners, the Chief Justice went on to say:

I cannot doubt that the services contemplated by this legislation are, not only public services in the broad sense, but also, in the strictest sense, Government services . . .

In order to understand the wide difference existing between a body which is subject at every turn in executing its powers to the control of the Crown

⁴ (1963), 38 D.L.R. (2d) 530.

⁵ [1935] S.C.R. 215.

du degré du contrôle que la Couronne exerce à son égard. Cela est clairement exprimé dans un paragraphe des motifs du jugement rendu par le juge Laidlaw au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. c. Ontario Labour Relations Board, Ex p. Ontario Food Terminal Board*⁴, à la p. 534:

[TRADUCTION] Il ne m'est pas possible de formuler un critère à la fois général et précis permettant de déterminer dans tous les cas avec certitude si un organisme est ou non un mandataire de la Couronne. La réponse à cette question dépend pour partie de la nature des fonctions exercées et des personnes auxquelles le service est destiné. Elle dépend pour partie de la nature et de l'étendue des pouvoirs conférés. *Elle dépend principalement de la nature et du degré du contrôle que peut exercer ou qu'a conservé la Couronne.*

L'affaire *Halifax City c. Halifax Harbour Commissioners*⁵, sur laquelle le juge Hall s'est appuyé avec tant d'insistance, est une affaire dans laquelle les Commissaires intimés avaient été clairement désignés comme agents de la Couronne. Dans les motifs du jugement rendu au nom de cette Cour par le juge en chef Duff, celui-ci résumait ainsi la situation, à la p. 226:

[TRADUCTION] Pour décrire encore une fois, de façon plus concise, la nature des pouvoirs et des obligations des intimés: leur fonction est de gérer et d'administrer le port public de Halifax ainsi que les immeubles qui en dépendent, qui sont la propriété de la Couronne; leurs pouvoirs découlent d'une loi du Parlement du Canada; mais ils sont, dans l'exercice de ces pouvoirs, constamment assujettis au contrôle du Gouverneur, représentant Sa Majesté et agissant sur les avis du Conseil privé de Sa Majesté pour le Canada, ou du ministre de la Marine et des Pêcheries . . .

Après avoir énuméré les divers pouvoirs délégués aux Commissaires, le Juge en chef déclarait:

[TRADUCTION] Je ne doute pas que les services prévus par la loi sont non seulement des services publics au sens large du terme mais aussi, au sens étroit, des services gouvernementaux . . .

Pour comprendre les différences considérables qui existent entre un organisme qui est constamment assujetti au contrôle de la Couronne dans

⁴ (1963), 38 D.L.R. (2d) 530.

⁵ [1935] R.C.S. 215.

and one such as the present respondent, it is necessary to examine the provisions of the *South Saskatchewan Hospital Centre Act*, R.S.S. 1965, c. 254, which "constituted a body corporate to be known as the Board of Governors of the South Saskatchewan Hospital Centre", consisting of "seven persons appointed by the Lieutenant Governor in Council" of whom "one shall be appointed as a representative of the College of Medicine of the University of Saskatchewan" and another "as a representative of the University of Saskatchewan".

The Board so constituted was endowed with wide powers for the construction and administration of the Hospital, of which the most relevant to this inquiry are to be found in the following sections:

7. The board shall:

(a) examine the factors to be considered in establishing and operating a hospital centre at or near the city of Regina for the benefit of the residents of southern Saskatchewan;

(b) subject to the approval of the Lieutenant Governor in Council, establish a hospital centre at or near the city of Regina to be known as The South Saskatchewan Hospital Centre.

8. (1) The board may, with the approval of the Lieutenant Governor in Council:

(a) purchase, lease or otherwise acquire land for the purpose of the hospital;

(b) sell, lease or otherwise dispose of land when no longer required for hospital purposes or whenever it considers it advisable to do so.

(2) The board may construct, purchase, lease or otherwise acquire buildings for use as a hospital or for any other purpose related thereto and may sell, lease or otherwise dispose of such buildings when no longer required for hospital purposes or whenever it considers it advisable to do so.

(3) The management, administration and control of land and buildings acquired by the board for use as a hospital shall be vested in the board.

Section 9 provides what might be called ancillary powers consisting of (a) equipping the hospital; (b) providing for education of students; (c)

l'exercice de ses pouvoirs et un organisme comme l'intimé en la présente cause, il faut examiner les dispositions de la *South Saskatchewan Hospital Centre Act*, R.S.S. 1965, c. 254, qui [TRADUCTION] «constitue une personne juridique sous le nom de Conseil d'administration du Centre hospitalier de la Saskatchewan du sud», conseil composé de [TRADUCTION] «sept personnes nommées par le Lieutenant-Gouverneur en conseil», parmi lesquelles [TRADUCTION] «une doit être nommée à titre de représentant du Collège des médecins de l'Université de la Saskatchewan» et une autre [TRADUCTION] «à titre de représentant de l'Université de la Saskatchewan».

Le Conseil ainsi constitué est investi de larges pouvoirs pour la construction et l'administration de l'hôpital, les plus significatifs en l'espèce étant ceux que l'on trouve dans les articles suivants:

[TRADUCTION] 7. Le Conseil doit

a) étudier les facteurs à prendre en considération pour l'établissement et le fonctionnement d'un centre hospitalier dans la ville de Regina ou près de celle-ci au profit des résidents de la Saskatchewan méridionale;

b) sous réserve de l'approbation du Lieutenant-Gouverneur en conseil, fonder un centre hospitalier dans la ville de Regina ou près de celle-ci sous le nom de Centre hospitalier de la Saskatchewan du sud.

8. (1) Le conseil peut, avec l'approbation du Lieutenant-Gouverneur en conseil:

a) acheter, louer ou acquérir autrement des terrains pour l'hôpital;

b) vendre, louer ou aliéner autrement des terrains lorsqu'ils ne sont plus nécessaires à l'hôpital ou chaque fois qu'il le juge opportun.

(2) Le conseil peut construire, acheter, louer ou acquérir autrement des bâtiments à des fins hospitalières ou dans tout autre but relié à celles-ci et peut vendre, louer ou aliéner autrement ces bâtiments lorsqu'ils ne sont plus nécessaires à l'hôpital ou chaque fois qu'il le juge opportun.

(3) La gestion, l'administration et la surveillance des terrains et bâtiments acquis par le conseil sont confiées à celui-ci.

L'article 9 prévoit ce qu'on pourrait appeler des pouvoirs accessoires pour a) l'équipement de l'hôpital; b) l'enseignement universitaire; c) l'installa-

providing facilities re disease; *(d)* employment and supplies. Paragraphs *(e)* to *(i)* are sufficiently important to set out in full:

(e) enter into an agreement with any person, board, commission, department of the Government of Saskatchewan or of Canada, municipality, board of health of a health region, or agency, or with any other hospital, for:

(i) the joint operation of any hospital facility; or

(ii) the joint provision of any hospital services; or

(iii) any purpose incidental to the administration, operation or management of a hospital;

(f) determine the charges to be made for services supplied by the hospital;

(g) receive grants or other moneys from Canada and Saskatchewan;

(h) accept subscriptions and donations, whether of real or personal property, and devises and bequests, for all or any of the purposes provided for by this Act, and sell and dispose of, and manage all property so received and not required to be, or capable of being, used for the purposes of the hospital;

(i) *manage, invest and expend all moneys, and manage all property, belonging to the hospital;*

(The italics are my own.)

Section 10 confers on the Board the power to make by-laws, rules, or regulations relating to the operation, administration, and management of the hospital. Sections 12, 13 and 14 confer upon the Board power to borrow on security such sums of money as may be required to meet operating expenses, to purchase or lease land and buildings, and to construct buildings. Section 15 provides that the Legislature may appropriate funds for the maintenance of the hospital and expenses of the Board. Section 16 directs an annual audit by the Provincial Auditor. Section 17 directs the Board to make an annual report on its finances and estimates of the next year's expenses to the Minister of Public Health.

The Court of Appeal stressed the fact that the hospital was to be built and operated out of public funds, apart from the power to borrow and to charge for services. This contention was advanced in the case of *Fox v. The Government of*

tion de commodités à l'usage des malades; *d)* l'emploi et les approvisionnements. Les alinéas *e)* à *i)* méritent d'être cités au complet:

[TRADUCTION] *e)* passer des accords avec toute personne, conseil, commission, ministère du gouvernement de la Saskatchewan ou du Canada, municipalité, conseil de santé d'une région sanitaire, ou organisme, ou avec tout autre hôpital pour:

(i) l'exploitation commune de toute installation hospitalière; ou

(ii) la prestation commune de tous services hospitaliers; ou

(iii) tout objet relatif à l'administration, le fonctionnement ou la gestion d'un hôpital;

f) fixer les tarifs des services fournis par l'hôpital;

g) recevoir des subventions ou autres subsides du Canada ou de la Saskatchewan;

h) accepter des soucriptions et des donations, mobilières ou immobilières, ainsi que des legs de meubles et d'immeubles, à toute fin prévue par la présente loi, et vendre, aliéner et gérer tous les biens ainsi reçus et dont il n'est pas exigé qu'ils soient, ou qu'ils soient susceptibles d'être, utilisés à des fins hospitalières;

i) *gérer, placer et dépenser tous les fonds et gérer tous les biens appartenant à l'hôpital;*

(Les italiques sont de moi.)

L'article 10 confère au Conseil le pouvoir de faire des règlements pour le fonctionnement, l'administration et la gestion de l'hôpital. Les articles 12, 13 et 14 confèrent au Conseil le pouvoir d'emprunter contre garantie les fonds nécessaires aux dépenses d'exploitation, à l'achat ou à la location de terrains et de bâtiments et à la construction de bâtiments. L'article 15 prévoit que la Législature peut affecter des crédits à l'entretien de l'hôpital et aux dépenses du Conseil. L'article 16 ordonne une vérification annuelle par le Vérificateur provincial. L'article 17 ordonne au Conseil de faire rapport chaque année au ministère de la Santé publique sur l'état de ses finances et ses prévisions de dépenses pour l'année à venir.

La Cour d'appel a insisté sur le fait que l'hôpital devait être construit et devait fonctionner avec des fonds publics, indépendamment de son pouvoir de faire des emprunts et de faire payer ses services. On retrouve la même prétention dans l'affaire *Fox*

*Newfoundland*⁶, where the various boards of education in Newfoundland received all their money by way of appropriations from the Colonial Treasury paid into a certain bank. When the bank became insolvent, the Government claimed priority on the basis, *inter alia*, that the boards were merely “distributing agents” of the Government. The Privy Council rejected this argument in that case on the ground that the boards of education of Newfoundland possessed “within the limit of general educational purposes a discretionary power in expending [the money]—a power which is independent of the Government.” In the present case, the Board clearly has very wide discretionary powers of spending. It is required to submit to an audit and to make an annual financial report, but to borrow the language employed in the *Fox* case, *supra* at p. 672, “this seems to be for the information of the Government and Legislature, and not in order that any item of expenditure may be disallowed if the Government does not approve of it.”

Indeed, there are only two aspects of the Board’s activities which are controlled by the Crown. Under s. 7(b) the Board shall establish the hospital “subject to the approval of the Lieutenant Governor in Council”. Under s. 8(1), the Board may “with the approval of the Lieutenant Governor in Council” acquire and dispose of lands for hospital purposes, but in all other respects the Board appears to be endowed with complete discretion to conduct its own affairs within the limits of its statutory powers. In particular, s. 8(2) confers upon the Board the power to construct buildings for use as a hospital.

In my opinion, as I have indicated, the powers with which the Board is endowed are far removed from those of a Crown agency which is subject at every turn to the control of the Crown in executing its powers as was the case with the Halifax Harbour Commissioners, and the Board’s functions are, in my view, even further removed from those of the Saskatchewan Government Insurance Office which was the subject of the other case (*i.e. Re*

⁶ [1898] A.C. 667 (P.C.).

*c. Government of Newfoundland*⁶, où les conseils scolaires de Terre-Neuve recevaient tous leurs fonds sous forme d’affectation de crédits du Trésor colonial qui les déposait dans une banque. Quand la banque est devenue insolvable, le gouvernement a prétendu avoir un droit de préférence, notamment au motif que les conseils n’étaient que des «mandataires distributeurs» du gouvernement. Le Conseil privé a rejeté cet argument en l’espèce au motif que les conseils scolaires de Terre-Neuve possédaient [TRADUCTION] «dans la limite des objectifs généraux d’éducation un pouvoir discrétionnaire de dépenser [les fonds]—pouvoir qui est indépendant du Gouvernement». Dans la présente affaire, le Conseil possède clairement de très larges pouvoirs discrétionnaires de dépenser. Il doit se soumettre à une vérification et faire un rapport financier annuel mais, pour emprunter aux motifs de l’arrêt *Fox*, précité, à la p. 672, [TRADUCTION] «il semble que ce soit pour l’information du Gouvernement et de la Législature et non dans le but de rejeter éventuellement un poste de dépense si le Gouvernement ne l’approuve pas.»

En fait, il n’y a que deux aspects des activités du Conseil qui soient contrôlés par la Couronne. En vertu de l’art. 7b), le Conseil fondera l’hôpital [TRADUCTION] «sous réserve de l’approbation du Lieutenant-Gouverneur en conseil». En vertu de l’art. 8(1), le Conseil peut [TRADUCTION] «avec l’approbation du Lieutenant-Gouverneur en conseil» acquérir et aliéner des terrains affectés à l’hôpital, mais à tous autres égards le Conseil paraît avoir une entière discrétion dans la conduite de ses propres affaires dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi. En particulier, l’art. 8(2) confère au Conseil le pouvoir de construire des bâtiments à des fins hospitalières.

A mon avis, comme je l’ai indiqué, les pouvoirs dont le Conseil est investi sont fort éloignés de ceux d’un mandataire de la Couronne constamment assujéti, dans l’exercice de ses pouvoirs, au contrôle de cette dernière, comme c’était le cas des Commissaires du port de Halifax; et les attributions du Conseil sont, à mon point de vue, encore plus éloignées de celles de la Régie des assurances de la Saskatchewan qui était en cause dans l’autre

⁶ [1898] A.C. 667 (C.P.).

*Saskatchewan Government Insurance Office v. Saskatoon*⁷) upon which Mr. Justice Hall relied in the passage which I have cited from his reasons for judgment.

In the latter case the insurance office in question was described by Martin C.J.S., speaking for the Saskatchewan Court of Appeal, in the following terms:

Under the provisions of this statute it is the Government or the Crown in right of the Province which is authorized to carry on the business of insurance. In order to enable the Government to carry out the intent of the Act an office is provided for with a manager in charge. This office is, in my opinion, in effect a department of the Government of the Province, and functions through a manager who is created a corporation sole.

In my opinion the powers of the Hospital Board in the present case are more analogous to those of the Metropolitan Meat Industry Board which were under review in the case of *Metropolitan Meat Industry Board v. Sheedy*⁸, where Lord Haldane, in deciding that a debt due to that Board was not a debt due to the Crown, described the Board's powers as follows:

They are a body with discretionary powers of their own. Even if a Minister of the Crown has power to interfere with them, there is nothing in the statute which makes the acts of administration his as distinguished from theirs. That they were incorporated does not matter. It is also true that the Governor appoints their members and can veto certain of their actions. But these provisions, even when taken together, do not outweigh the fact that the Act of 1915 confers on the appellant Board wide powers which are given to it to be exercised at its own discretion and without consulting the direct representatives of the Crown. Such are the powers of acquiring land, constructing abattoirs and works, selling cattle and meat, either on its own behalf or on behalf of other persons, and leasing its property. Nor does the Board pay its receipts into the general revenue of the State, and the charges it levies go into its own fund.

That case was cited by Duff C.J., in the *Halifax Harbour Commissioners* case, *supra*, at p. 229, for the purpose of distinguishing it, and in my view the

⁷ [1947] 2 W.W.R. 1028, [1948] 2 D.L.R. 30.

⁸ [1927] A.C. 899.

affaire (c.-à-d. *Re Saskatchewan Government Insurance Office c. Saskatoon*⁷) à laquelle le juge Hall s'est référé dans le passage des motifs de son jugement que j'ai cité.

Dans cette affaire, le juge en chef Martin, parlant au nom de la Cour d'appel de la Saskatchewan, décrivait en ces termes la régie des assurances en question:

[TRADUCTION] En vertu des dispositions de cette loi, c'est le Gouvernement ou la Couronne du chef de la province qui est autorisé à faire le commerce des assurances. Pour permettre au Gouvernement d'atteindre les objectifs de la Loi, une régie est prévue dont la responsabilité est confiée à un gérant. Cette régie est en fait, à mon avis, un service du Gouvernement provincial dont les fonctions sont exercées par un gérant constitué en compagnie simple.

A mon avis, les pouvoirs du Conseil de l'hôpital dans la présente affaire se rapprochent davantage de ceux du Conseil métropolitain de l'industrie de la viande dont le cas était étudié dans l'affaire *Metropolitan Meat Industry Board c. Sheedy*⁸, où lord Haldane, en décidant qu'une dette envers ce conseil n'était pas une dette envers la Couronne, a décrit ainsi les pouvoirs du Conseil:

[TRADUCTION] Ils constituent un organisme investi de pouvoirs discrétionnaires propres. Même si un ministre de la Couronne a un pouvoir d'intervention, il n'y a rien dans la Loi qui fasse une distinction entre les mesures administratives prises par eux et les siennes. Qu'ils soient constitués en corporation n'a pas d'importance. Il est également exact que le Gouverneur nomme leurs membres et peut opposer un veto à certains de leurs actes. Mais, même prises ensemble, ces dispositions ne peuvent contrebalancer le fait que la Loi de 1915 confère au Conseil appelant de larges pouvoirs qu'il peut exercer à sa discrétion et sans consulter les représentants directs de la Couronne. Ainsi en est-il des pouvoirs d'acquérir des biens-fonds, de construire des abattoirs et des ateliers, de vendre du bétail et de la viande, pour son propre compte ou le compte d'autrui, et de louer ses immeubles. Le Conseil ne reverse pas ses recettes au revenu général de l'État et les droits qu'il perçoit vont dans son propre fonds.

Cette affaire a été citée, pour la distinguer, par le juge en chef Duff, dans l'arrêt *Halifax Harbour Commissioners*, précité, à la p. 229, et à mon avis

⁷ [1947] 2 W.W.R. 1028, [1948] 2 D.L.R. 30.

⁸ [1927] A.C. 899.

present case is equally distinguishable from that of the Halifax Harbour Commissioners.

It will be seen from all the above that I have concluded that the respondent is not a Crown agent and it follows that s. 7 of *The Interpretation Act* has no application to it and constitutes no bar to the enforcement of the charge against the hold-back money.

For all these reasons I would allow this appeal, restore the judgment of the learned trial judge so that the funds in Court will be paid out to the appellant which will have judgment against the respondent and Sutherland Steel Limited for the balance of its claim. The appellant is entitled to its costs in this Court and in the Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the plaintiff, appellant: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the defendant, respondent: Davidson, Davidson & Neill, Regina.

la présente affaire doit également être distinguée de celle des Commissaires du port de Halifax.

Vu tout ce qui précède, j'en suis arrivé à la conclusion que l'intimé n'est pas un mandataire de la Couronne et il en résulte que l'art. 7 de l'*Interpretation Act* ne lui est pas applicable et ne fait pas obstacle à l'exercice de la charge grevant la retenue.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement du savant juge de première instance, de sorte que les fonds consignés à la Cour seront versés à l'appelante qui obtiendra jugement contre l'intimé ainsi que contre la Sutherland Steel Limited pour le solde de sa réclamation. L'appelante a droit à ses dépens devant cette Cour et la Cour d'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de la demanderesse, appelante: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs du défendeur, intimé: Davidson, Davidson & Neill, Regina.

**David Stendel, C.A. *ès qualités* (Plaintiff)
Appellant;**

and

Eric Bruce Moidel and Peter Lawrence (*Mis en cause*) Respondents;

and

**Peter Lawrence, *ès qualités* (Intervenant)
Respondent.**

and

Leon M. Adler (Plaintiff)

and

**Hôtel de Lasalle (1965) Inc. and Hôtel
Président Inc. (*Defendants*)**

and

**The Registrar of the Registry Office of the
Registry Division of Montreal (*Mis en cause*)**

1975: December 16; 1976: February 25.

Present: Laskin C.J. and Judson, Pigeon, Dickson and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Sale — Resolatory clause — Contractor's privilege — Promissory note signed by the seller not constituting a renunciation — Question of fact.

The deed of sale of April 28, 1965 whereby the de Lasalle Hotel was sold to Hôtel Président Inc. stipulated that the balance of the sale price would be greater than \$1,000,000 and created a hypothec and a right of resolution in favour of the seller. The rights of the seller were transferred to S. L. Caplan two weeks later. On September 9, 1965 the general contractor, Adler, began work in accordance with the terms of the contracts concluded with Hotel President Inc.; this work was carried out with the knowledge of Caplan, who used his influence and credit so that the work could move ahead as fast as possible and even, on May 6, 1966, endorsed a promissory note signed by Hôtel Président Inc., payable to Adler. On May 10, 1967 Adler registered a privilege of \$101,160.21 against the building, and on June 30, 1967 he brought an action seeking recognition of its validity. Before the Court had ruled on Adler's application, Lawrence, who had become the trustee in bankruptcy of

**Davis Stendel, C.A. *ès qualités* (Demandeur)
Appelant;**

et

Eric Bruce Moidel et Peter Lawrence (*Mis en cause*) Intimés;

et

**Peter Lawrence, *ès qualités* (Intervenant)
Intimé.**

et

Leon M. Adler (Demandeur)

et

**Hôtel de Lasalle (1965) Inc. et Hôtel
Président Inc. (*Défenderesses*)**

et

**Le registrateur du bureau d'enregistrement de
la Division d'enregistrement de Montréal
(*Mis en cause*)**

1975: le 16 décembre; 1976: le 25 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Vente — Clause résolutoire — Privilège de l'entrepreneur — Billet signé par le vendeur ne constituant pas une renonciation — Question de fait.

L'acte de vente du 28 avril 1965 de l'hôtel de Lasalle à Hôtel Président Inc. stipulait que le solde du prix de vente était supérieur à \$1,000,000 et créait en faveur du vendeur une hypothèque et un droit de résolution. Les droits du vendeur ont été cédés à S. L. Caplan deux semaines plus tard. Le 9 septembre 1965, l'entrepreneur général Adler commença des travaux aux termes de contrats d'entreprise passés avec Hôtel Président Inc.; ces travaux furent poursuivis à la connaissance de Caplan qui usa de son influence et de son crédit pour qu'ils soient poussés le plus rapidement possible et endossa même, le 6 mai 1966, un billet signé par Hôtel Président Inc. en faveur d'Adler. Le 10 mai 1967, Adler fait enregistrer un privilège de \$101,160.21 contre l'immeuble, et le 30 juin 1967, il intente une action pour en faire reconnaître la validité. Avant que le tribunal ne statue sur la demande d'Adler, Lawrence, devenu le syndic des intérêts de Caplan, obtient, le 17 juillet 1968,

Caplan's interests, obtained cancellation of the sale on July 17, 1968 in accordance with the resolutive clause. Lawrence then intervened in the Adler action and requested that the privilege be struck out in accordance with the clause resolutive of the sale. The Superior Court, affirmed by the Court of Appeal, ordered the privilege struck out. In this Court appellant Stendel, who had been named trustee in bankruptcy of Adler, maintained that the promissory note signed by Caplan and his participation in the carrying out of the work constituted a tacit renunciation by the seller of his right to have the contractor's privilege struck out.

Held: The appeal should be dismissed.

The Superior Court held that Caplan's participation in the work and even his personal guarantee of payment of the promissory note to the contractor did not constitute a renunciation of the seller's right to have the privilege struck out, and the Court of Appeal affirmed this decision. Even though the weight of the concurrent findings is less significant in this case than in one where the trial judge bases his decision mainly on the attitude and behaviour of the witnesses, the question of tacit renunciation by the seller of the preference given to him by law is an issue of fact and this Court will intervene only in cases of obvious error by the lower courts. In the case at bar Caplan's steps to ensure that the general contractor would continue his work and his signing of a promissory note, making him jointly and severally liable with the owner, do not constitute a tacit renunciation of his rights. The signing of a personal undertaking does not necessarily imply the granting of an even more valuable security, namely a real right over the property to take precedence over the real right belonging to the seller, the hypothecary creditor. Nor does the joint and several liability created by the promissory note alter the situation. This joint and several liability can only refer to the personal obligation of the seller, but it does not deprive the new debtor of his preferential right over the immovable.

Gingras and Les Immeubles Adams Inc. v. Gagnon, [1977] 1 S.C.R. 217, distinguished; *Larin v. Brière*, [1965] Que. Q.B. 800; *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] S.C.R. 635; *Boileau v. Chauret* (1927), 42 Que. K.B. 344 referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal for Quebec affirming a judgment of the Superior Court ordering that a privilege be struck out. Appeal dismissed.

Alan Stein, for the appellant.

Bernard Reis, for the respondents.

l'annulation de la vente conformément à la clause résolutoire. Lawrence est alors intervenu dans l'action d'Adler et demande la radiation du privilège conformément à la clause de résolution de vente. La Cour supérieure, confirmée par la Cour d'appel, a ordonné la radiation du privilège. Devant cette Cour, l'appelant Stendel, devenu syndic de la faillite d'Adler, soutient que le billet signé par Caplan ainsi que sa participation à la poursuite des travaux ont constitué une renonciation tacite du vendeur à son droit de faire radier le privilège de l'entrepreneur.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

La Cour supérieure a décidé que la participation de Caplan aux travaux et même sa garantie personnelle de paiement du billet fait en faveur de l'entrepreneur ne constituaient pas une renonciation au droit du vendeur de faire radier le privilège et la Cour d'appel a confirmé cette décision. Même si le poids des conclusions concordantes est moins considérable en l'espèce que dans une matière où le premier juge se fonde surtout sur l'attitude et le comportement des témoins, la question de la renonciation tacite par le vendeur à la préférence que lui donne la loi est une question de fait et cette Cour n'interviendra que dans des cas évidents d'erreur par les tribunaux d'instance inférieure. En l'espèce, les démarches de Caplan pour que l'entrepreneur général poursuive ses travaux et la signature par lui d'un billet le rendant solidairement responsable avec le propriétaire ne constituent pas une renonciation tacite à ses droits. En effet, la signature d'un engagement personnel n'implique pas nécessairement l'octroi d'une sûreté encore plus considérable, savoir un droit réel sur la propriété déplaçant le droit réel appartenant au vendeur, créancier hypothécaire. La solidarité créée par le billet ne modifie pas non plus la situation. Cette solidarité ne peut que référer à la seule obligation personnelle du vendeur mais elle ne privera pas le nouveau débiteur de son droit de préférence sur l'immeuble.

Distinction faite avec l'arrêt *Gingras et les Immeubles Adams Inc. c. Gagnon*, [1977] 1 R.C.S. 217; arrêts mentionnés: *Larin c. Brière*, [1965] B.R. 800; *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243; *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Pelletier c. Shykofsky*, [1957] R.C.S. 635; *Boileau c. Chauret* (1927), 42 B.R. 344.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure ordonnant la radiation d'un privilège. Pourvoi rejeté.

Alan Stein, pour l'appelant.

Bernard Reis, pour les intimés.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—This appeal raises the following question: when the seller of an immovable obtains cancellation of the sale under the terms of a resolatory clause, what becomes of the privilege registered by the general contractor whose work contract with the buyer was performed under the eyes of the seller, who further, by a promissory note, undertook jointly and severally with the buyer to pay the cost of the work up to \$60,000?

The Superior Court and the Court of Appeal answered this question by holding that the privilege disappears in accordance with the rule that the cancellation of a sale wipes out all the privileges with which the immovable may have been encumbered by the purchaser. The Quebec courts did not see in the circumstances of the case a tacit renunciation by the seller of the preference given to him by law.

The basic rule has been stated in several judgments of the Court of Appeal, including *Larin v. Brière*¹. Appellant did not really challenge this and I think the trial judge was correct when he wrote:

It is common ground that when a hypothecary creditor takes over an immovable under a resolatory clause any privileges registered for work done and materials furnished subsequent to the registration of the deed creating the clause are subject to radiation.

Thus the real problem is whether in the case at bar the seller's conduct constitutes a tacit renunciation of his right to have the privilege struck out. The following are the relevant facts:

- (1) on April 28, 1965 Orbit Holding Corporation sold the de Lasalle Hotel to Hôtel Président Inc. under the terms of a deed of sale stipulating that the balance of the price would be slightly greater than \$1,000,000, and creating a hypothec and a right of resolution in favour of the seller; two weeks later the balance of the price was transferred to S. L. Caplan;

¹ [1965] Que. K.B. 800.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Ce pourvoi nous pose la question suivante: lorsque le vendeur d'un immeuble obtient l'annulation de la vente aux termes d'une clause résolutoire, quel sort est réservé au privilège enregistré par l'entrepreneur général dont le contrat d'entreprise avec l'acheteur a été exécuté sous les yeux du vendeur qui en plus s'est, par un billet, engagé solidairement avec l'acheteur à payer le coût des travaux jusqu'à concurrence de \$60,000?

A cette question, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont répondu que le privilège disparaît, par application de la règle que la résolution de la vente anéantit tous les privilèges dont l'immeuble a pu être grevé par l'acquéreur. Les tribunaux du Québec n'ont pas vu dans les circonstances de la cause une renonciation tacite par le vendeur à cette préférence que lui donne la loi.

La règle de base a été énoncée dans plusieurs arrêts de la Cour d'appel dont *Larin c. Brière*¹. L'appelant ne s'y est pas vraiment attaqué et c'est à juste titre, me semble-t-il, que le premier juge a pu écrire:

[TRADUCTION] Il est reconnu que lorsqu'un créancier hypothécaire prend possession d'un immeuble en vertu d'une clause résolutoire, tous les privilèges enregistrés relativement aux travaux effectués et aux matériaux fournis après l'enregistrement de l'acte où figure la clause en question sont sujets à radiation.

Le vrai problème est donc de déterminer si, en l'espèce, la conduite du vendeur constitue une renonciation tacite à son droit d'obtenir la radiation du privilège. Voici les faits pertinents:

- 1) le 28 avril 1965, Orbit Holding Corporation vend l'hôtel de Lasalle à Hôtel Président Inc. aux termes d'un acte de vente stipulant que le solde du prix est légèrement supérieur à \$1,000,000 et créant en faveur du vendeur une hypothèque et un droit de résolution; deux semaines plus tard, le solde du prix fut transporté à S. L. Caplan;

¹ [1965] B.R. 800.

- (2) on September 9, 1965 the general contractor, Adler, began work in accordance with the terms of the contracts concluded with Hôtel Président Inc.; this work was carried out with the knowledge of Caplan, who used his influence and credit in the following months so that the work could move ahead as fast as possible and be completed in time for Expo 67;
- (3) on May 6, 1966 the promissory note for \$60,000 was signed by Hôtel Président Inc., payable to Adler, and duly endorsed by S. L. and N. H. Caplan, who clearly undertook joint and several obligations to the contractor;
- (4) on May 10, 1967 a privilege of \$101,160.21 was registered against the building; notice of this privilege was given to Hotel President Inc. and to Hôtel de Lasalle (1965) Inc., a company created by the buyer and to which the building had been transferred on November 17, 1965;
- (5) on July 17, 1968 judgment was rendered in favour of the seller, cancelling the sale of April 28, 1965; this judgment was obtained by respondent Lawrence, the liquidator of Caplan's interests; subsequently respondent Lawrence became the trustee in bankruptcy of these interests and it is in that capacity that he is before the Court.

On June 30, 1967 Adler brought an action against Hôtel Président Inc. and Hôtel de Lasalle (1965) Inc. seeking recognition of:

- (a) his right to the sum of \$101,160.21 and
- (b) the validity of his privilege,

and impleaded Lawrence, as well as respondent Moidel in his capacity as trustee under the terms of a trust deed encumbering the building. During the proceedings appellant Stendel was named trustee in bankruptcy of the contractor Adler.

The Superior Court, after recalling the rule that cancellation of a sale entails the extinguishing of privileges, described the problem it had to resolve as follows:

Is this still true when the hypothecary creditor has received notice from a contractor and even undertaken

- 2) le 9 septembre 1965, l'entrepreneur général Adler commença ses travaux aux termes de contrats d'entreprise passés avec Hôtel Président Inc.; ces travaux furent poursuivis à la connaissance de Caplan qui, au cours des mois qui suivirent, usa de son influence et de son crédit pour qu'ils soient poussés le plus rapidement possible, le but à atteindre étant la fin des travaux en temps utile pour Expo 67;
- 3) le 6 mai 1966 fut signé le billet de \$60,000 par Hôtel Président Inc. en faveur d'Adler, dûment endossé par S. L. and N. H. Caplan qui s'engagent en toutes lettres de façon solidaire envers l'entrepreneur;
- 4) le 10 mai 1967 est enregistré un privilège de \$101,160.21 contre l'immeuble, avis de ce privilège étant donné à Hôtel Président Inc. ainsi qu'à Hôtel de Lasalle (1965) Inc., compagnie créée par l'acheteur et à laquelle avait été transféré l'immeuble le 17 novembre 1965;
- 5) le 17 juillet 1968 fut prononcé en faveur du vendeur un jugement annulant la vente du 28 avril 1965; ce jugement fut obtenu par l'intimé Lawrence, liquidateur des intérêts Caplan; depuis lors, l'intimé Lawrence est devenu le syndic de ces intérêts et c'est en cette qualité qu'il est devant nous.

Le 30 juin 1967, Adler fait signifier une action à Hôtel Président Inc. et à Hôtel de Lasalle (1965) Inc. pour faire reconnaître

- a) son droit à la somme de \$101,160.21;
- b) la validité de son privilège

et mit en cause Lawrence, de même que l'intimé Moidel en sa qualité de fiduciaire aux termes d'un acte de fiducie grevant l'immeuble. Au cours des procédures, l'appellant Stendel fut nommé syndic de la faillite de l'entrepreneur Adler.

La Cour supérieure, après avoir rappelé la règle que la résolution de la vente emporte anéantissement des privilèges, pose comme suit le problème qu'elle avait à résoudre:

[TRADUCTION] En est-il de même si le créancier hypothécaire a reçu un avis d'un entrepreneur et s'est même

to guarantee the payment of the debt or does his guarantee constitute a tacit renunciation of his right to have the privilege radiated?

The Superior Court answered this question as follows in a paragraph summarizing the situation:

There is no doubt, of course, that Caplan, who was financing the reconstruction of the hotel had an overwhelming interest in having the work completed in time for Expo. In order to further that interest, he used his powers of persuasion on Adler and even offered him the inducement of guaranteeing a \$60,000.00 note. Adler could have asked for or Caplan might have offered an additional guarantee, to wit, the granting of priority to Adler for a possible privilege on the immovable over Caplan's own rights under the resolatory clause. With the wisdom of hindsight, it now is apparent that such a priority would have been the most effective guaranty, since Caplan's personal warranty has proven to be worthless, but it was neither asked for nor granted at the time. Can the Court conclude, nevertheless, from the actions of the parties that it was given by Caplan tacitly? There is little doubt in the Court's mind that a negative answer must be given to this question for the renunciation of a right will not be presumed and must be held unproven when there is any doubt.

On appeal Casey J., speaking for himself and Beetz J. (Deschênes J. did not participate in the decision) summarized his thinking in the following paragraph:

This is an issue of fact which can only be resolved by reading the evidence and by deciding whether the actions of the Caplans necessarily lead to this conclusion. To interfere with the decision of the trial judge I would have to be convinced that he was clearly wrong. Appellant has not succeeded in convincing me of this and for this reason I would dismiss the appeal.

While recognizing the considerable weight of these concurrent judgments, appellant is asking the Court to set them aside since they are not based on a choice between contradictory versions but on a reading of testimony whose truth is not placed in doubt by anyone. Basing himself in

engagé à garantir le remboursement de la dette ou est-ce que cette garantie constitue une renonciation tacite à son droit de faire radier le privilège?

A cette question, la Cour supérieure répondit comme suit dans un paragraphe qui résume la situation:

[TRADUCTION] Il n'y a pas de doute, bien entendu, que Caplan, qui finançait la reconstruction de l'hôtel, était intéressé au plus haut point à s'assurer que les travaux soient complétés à temps pour l'Expo. Pour ce faire, il a utilisé ses pouvoirs de persuasion sur Adler et lui a même offert, en guise d'incitation, sa propre garantie du remboursement du billet de \$60,000. Adler aurait pu demander ou Caplan aurait pu offrir une garantie additionnelle, savoir, la priorité à Adler sur un éventuel privilège sur l'immeuble relativement aux droits de Caplan en vertu de la clause résolutoire. On a pu constater après coup qu'une telle priorité aurait constitué la garantie la plus efficace, puisque la garantie personnelle de Caplan s'est révélée être sans valeur, mais, à l'époque, on ne l'a pas demandée et elle n'a pas été accordée. La Cour doit-elle néanmoins conclure des actions des parties que Caplan l'a accordée tacitement? La Cour conclut sans le moindre doute qu'il faut répondre par la négative à cette question, car la renonciation à un droit ne se présume pas et qu'en cas de doute il faut tenir pour acquis qu'elle n'a pas été prouvée.

En appel, M. le juge Casey, parlant pour lui-même et pour M. le juge Beetz (M. le juge Deschênes n'ayant pas participé à la décision), résume sa pensée dans le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] C'est là une question de fait; la seule façon de la trancher est de lire la preuve et de décider si les actions des Caplan mènent nécessairement à cette conclusion. Pour modifier la décision du juge de première instance, il me faudrait être convaincu qu'il avait manifestement tort, ce dont l'appellant n'a pas réussi à me convaincre. Pour cette raison, je suis d'avis de rejeter l'appel.

L'appelant, tout en reconnaissant que le poids de ces jugements concordants est considérable, nous demande de les mettre de côté parce qu'ils ne reposent pas sur un choix entre des versions contradictoires mais sur la lecture de témoignages dont la véracité n'est pas mise en doute par qui que

particular on *Powell*², quoted in *Dorval v. Bouvier*³, at p. 296, and on *Pelletier v. Shykofsky*⁴, he argues that in a case such as that before the Court, where the facts are not really in dispute, but only the conclusion that must be drawn from them, the Supreme Court is in as good a position as the trial judge and the Court of Appeal to arrive at a decision.

I agree with appellant that the weight of the concurrent findings is less significant here than in a case where the trial judge has had to weigh the testimony of each witness and draw a conclusion from his behaviour on the witness stand, his manner of expressing himself, his hesitations, his expression and so forth. However, since the question of tacit renunciation by the seller, the hypothecary creditor, of the preference given to him by law, is only an issue of fact, our Court will intervene only in cases of obvious error by the lower courts. Has such an obvious error been demonstrated?

The case cannot be examined without reference to the judgment of this Court in *Gingras and Les Immeubles Adams Inc. v. Gagnon*⁵. Beetz J., speaking for the majority, wrote:

Tacit renunciation results from unequivocal facts which necessarily imply an intention by the creditor to cancel claims on the immovable. Further, the renunciation is strictly interpreted if there is any doubt as to its scope. (Underlining mine.)

The facts were different in *Gingras* but the principle remains the same. In that case it was necessary to determine the consequences of the intervention of the respondent Gagnon in a duly authenticated document, and the majority of this Court concluded that the document in itself constituted an undertaking to renounce the security held on the immovable. Beetz J. had nevertheless first taken care to point out:

As a general rule the question of whether the actions of a creditor demonstrate his intention to waive his security is a question of fact which is best decided by the judges of fact.

² [1935] A.C. 243.

³ [1968] S.C.R. 288.

⁴ [1957] S.C.R. 635.

⁵ [1977] 1 S.C.R. 217.

ce soit. S'appuyant particulièrement sur l'arrêt *Powell*² cité dans *Dorval c. Bouvier*³, à la p. 296, et sur *Pelletier c. Shykofsky*⁴, il soutient que dans un cas comme le nôtre où les faits ne sont pas vraiment contestés mais où seule est en jeu la conséquence qu'il faut en tirer, la Cour suprême est en aussi bonne posture que le premier juge et la Cour d'appel pour en arriver à une décision.

Je suis d'accord avec l'appelant que le poids des conclusions concordantes est moins considérable ici que dans une matière où le premier juge a été appelé à peser chaque témoin et à tirer une conséquence de sa façon de se comporter dans la boîte, sa manière de s'exprimer, ses hésitations, ses jeux de physionomie, etc. Toutefois la question de la renonciation tacite par le vendeur, créancier hypothécaire, à la préférence que lui donne la loi n'étant qu'une question de fait, notre Cour n'interviendra que dans des cas évidents d'erreur par les tribunaux inférieurs. Cette erreur évidente nous a-t-elle été démontrée?

La matière ne peut pas être examinée sans une référence à l'arrêt de notre Cour dans *Gingras et Les Immeubles Adams Inc. c. Gagnon*⁵. M. le juge Beetz, parlant pour la majorité, y écrivait:

La renonciation tacite s'induit de faits non équivoques qui impliquent nécessairement la volonté du créancier de libérer l'immeuble. Par ailleurs, la renonciation s'interprète dans un sens étroit s'il y a doute sur son étendue. (Les soulignés sont de moi.)

Dans cet arrêt *Gingras*, les faits étaient différents mais le principe demeure. Il s'agissait alors de tirer les conséquences de l'intervention de l'intimé Gagnon dans un acte en forme authentique et la majorité de cette Cour en vint à la conclusion que l'acte en lui-même comportait un engagement à renoncer à la sûreté détenue sur l'immeuble. M. le juge Beetz avait toutefois pris soin auparavant de souligner:

En règle générale, la question de savoir si la conduite du créancier manifeste son intention de renoncer à sa sûreté est une question de fait que les juges du fait apprécient souverainement.

² [1935] A.C. 243.

³ [1968] R.C.S. 288.

⁴ [1957] R.C.S. 635.

⁵ [1977] 1 R.C.S. 217.

In the light of these principles I do not see how we can reach a different conclusion from that of the Quebec courts. Caplan's steps to ensure that the general contractor would continue his work and his signing of a promissory note, making him jointly and severally liable with the owner, obviously do not constitute an express renunciation of his rights. Nor do they seem to me to constitute a tacit renunciation since, like the trial judge and the Court of Appeal, I feel that the signing of a personal undertaking does not *necessarily* imply the granting of an even more valuable security, namely a real right over the property to take precedence over the real right belonging to the seller, the hypothecary creditor. That is the essential difference between the case at bar and the facts presented in *Gingras*: here a reading of the evidence does not necessarily lead us to conclude that the seller renounced his right.

Appellant naturally argued strongly that Caplan's participation in decisions affecting the work in progress prevented the cancellation of the sale from extinguishing the contractor's privilege. In his submission, the case is essentially the same as the situation dealt with by Guillaouard in his *Traité de la Vente et de l'Échange*, 1890, vol. 2, at p. 140:

[TRANSLATION] Secondly, the resolutive action must be dismissed if the original buyer has agreed to a resale, or if he has granted a servitude or a hypothec with the assistance or consent of the seller: a seller who has instigated, authorized or ratified these instruments cannot then, by a resolutive action wipe out rights that were created with his consent. In effect, the resolutive action is created in the private interest of the seller, and he may renounce it as any individual may renounce rights introduced in his favour.

He also suggests that the Court deal with the matter in the spirit that guided the Court of Appeal in *Boileau v. Chauret*⁶. I cannot accept this suggestion because our situation is not the same as that described therein. In the case at bar, the contractor did not need either the assistance or consent of the seller for the creation of his privilege. Moreover, the consent of the seller was neces-

⁶ (1927), 42 Que. Q.B. 344.

A la lumière de ces principes, je vois mal comment nous pouvons en arriver à une conclusion différente de celle des tribunaux du Québec. Les démarches de Caplan pour que l'entrepreneur général poursuive ses travaux et la signature par lui d'un billet le rendant solidairement responsable avec le propriétaire ne constituent évidemment pas une renonciation expresse à ses droits. Elles ne me semblent pas non plus constituer une renonciation tacite puisque, comme le premier juge et la Cour d'appel, je suis d'avis que la signature d'un engagement personnel n'implique pas *nécessairement* l'octroi d'une sûreté encore plus considérable, savoir un droit réel sur la propriété déplaçant le droit réel appartenant au vendeur, créancier hypothécaire. C'est là la différence essentielle entre la présente espèce et les faits étudiés dans l'arrêt *Gingras*: ici la lecture de la preuve ne nous conduit pas de toute nécessité à la conclusion que le vendeur a renoncé à son droit.

L'appellant, cela va de soi, a soumis avec force que la participation de Caplan aux décisions entourant les travaux en cours empêche que la résiliation de la vente anéantisse le privilège de l'entrepreneur. D'après lui, la matière serait dans son essence semblable à la situation étudiée par Guillaouard dans son *Traité de la Vente & de l'Échange*, 1890, t. 2, à la p. 140:

L'action résolutoire devra être repoussée, en second lieu, si l'acheteur primitif a consenti une revente, ou s'il a concédé une servitude ou une hypothèque avec le concours ou l'assentiment du vendeur: le vendeur qui a provoqué, autorisé ou ratifié ces actes ne pourra ensuite, en agissant par l'action résolutoire, faire tomber des droits qui ont été créés avec son consentement. L'action résolutoire est créée en effet dans l'intérêt privé du vendeur, et il peut y renoncer, comme tout particulier peut renoncer aux droits introduits en sa faveur.

Et il nous invite à traiter la matière dans l'esprit qui a guidé la Cour d'appel dans l'arrêt *Boileau c. Chauret*⁶. Je ne puis me rendre à cette invitation parce que notre situation n'est pas celle décrite dans ces autorités. En l'espèce, l'entrepreneur n'avait besoin ni du concours, ni de l'assentiment du vendeur pour la création de son privilège. Par ailleurs, le consentement du vendeur était néces-

⁶ (1927), 42 B.R. 344.

sary for rescission of the sale not to involve cancellation of the privilege; and the evidence has not established that such consent existed.

Nor do I see how the joint and several liability created by the promissory note alters the situation. This joint and several liability can only refer to the personal obligation of the seller. Certainly it favours the contractor by giving him a second debtor but it does not go as far as to deprive this new debtor of his preferential right over the immovable.

In the current state of our law, the conclusion reached by the Quebec courts seems to me to be correct. I wonder, however, if it would not be advisable for the legislator to amend the basic rule so as to prevent a seller who takes his immovable back under the terms of a resolatory clause from being able to enrich himself at the expense of the person who by his work has considerably increased the value of the immovable.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Stein & Stein, Montreal.

Solicitors for the respondents: Chait, Salomon, Gelber, Reis, Bronstein & Litvack, Montreal.

saire pour que la résolution de la vente n'emporte pas radiation du privilège; et ce consentement, la preuve ne l'a pas établi.

Je ne vois pas non plus comment la solidarité créée par le billet modifie la situation. Cette solidarité ne peut que référer à la seule obligation personnelle du vendeur. Certes elle avantage l'entrepreneur en lui donnant un deuxième débiteur mais elle ne va pas jusqu'à priver ce nouveau débiteur de son droit de préférence sur l'immeuble.

Dans l'état actuel de notre droit, la conclusion à laquelle en sont arrivés les tribunaux du Québec m'apparaît bien fondée. Je me demande toutefois s'il n'y a pas lieu pour le législateur de modifier la règle de base de façon à éviter que le vendeur qui reprend son immeuble aux termes d'une clause résolutoire ne puisse s'enrichir aux dépens de celui qui, par ses travaux, a donné une plus-value considérable à l'immeuble.

Je renverrais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appellant: Stein & Stein, Montréal.

Procureurs des intimés: Chait, Salomon, Gelber, Reis, Bronstein & Litvack, Montréal.

Meco Electric (1960) Inc. (*Plaintiff*)
Appellant;

and

Peter A. Lawrence, ès qualités (*Intervenant*)
Respondent;

and

**Hôtel de Lasalle (1965) Inc. and Hôtel
Président Inc.** (*Defendants*)

and

**Registrar for the Registry Office of the
Registry Division of Montreal** (*Mis en cause*)

1976: January 29; 1976: February 25.

Present: Laskin C.J. and Judson, Pigeon, Dickson and
de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Sale — Resolatory clause — Contractor's privilege
— Obligation signed by the seller not constituting a
renunciation — Question of fact.*

The facts of this appeal are similar to those of *Stendel v. Moidel et al.* (*supra*, p. 256). Appellant is an electrical contractor who lost his privilege as a result of the cancellation of the sale obtained by the seller, represented by respondent as trustee, under the terms of the resolatory clause. Like the general contractor in *Stendel*, appellant had agreed with the new purchaser of the immovable, Hôtel Président Inc., to perform certain work. The seller, Caplan, used his influence and credit to hasten completion of the work as much as possible. In particular, he wrote a letter to Meco in which he undertook jointly and severally with the debtor to repay the sum represented by the privilege. The Court of Appeal of Quebec upheld the cancellation of the privilege ordered by the Superior Court. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

The Court cannot accept appellant's contention that Caplan's letter is more favourable to appellant than the note in question in *Stendel*. Neither the joint and several obligation expressed in the letter nor the promise contained in the note is capable in itself of removing Caplan's priority interest in the building. Moreover, the Quebec courts unanimously held that the record con-

Meco Electric (1960) Inc. (*Demanderesse*)
Appelante;

et

Peter A. Lawrence, ès qualités (*Intervenant*)
Intimé;

et

**Hôtel de Lasalle (1965) Inc. et Hôtel
Président Inc.** (*Défenderesses*)

et

**Le registrateur du bureau d'enregistrement
de la Division d'enregistrement de Montréal**
(*Mis en cause*)

1976: le 29 janvier; 1976: le 25 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Vente — Clause résolutoire — Privilège de l'entre-
preneur — Engagement signé par le vendeur ne consti-
tuant pas une renonciation — Question de fait.*

Les faits de ce pourvoi sont semblables à ceux de l'affaire *Stendel c. Moidel et autres* (*supra*, p. 256). L'appelante est un entrepreneur électricien dont le privilège a été radié à la suite de l'annulation de la vente obtenue par le vendeur, représenté par l'intimé en qualité de syndic, conformément à la clause résolutoire. Comme l'entrepreneur général dans *Stendel*, l'appelante avait convenu avec le nouvel acquéreur de l'immeuble, Hôtel Président Inc., de faire certains travaux. Le vendeur, Caplan, a usé de son influence et de son crédit pour que ces travaux soient poussés le plus rapidement possible et, en particulier, il a écrit une lettre à Meco en vertu de laquelle il s'engageait solidairement avec le débiteur au remboursement de la somme qui fait l'objet du privilège. La Cour d'appel du Québec a confirmé la radiation du privilège ordonnée par la Cour supérieure. D'où le pourvoi devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

La Cour ne peut accepter la prétention de l'appelante que la lettre écrite par Caplan serait plus favorable à l'appelante que le billet dont il est question dans *Stendel*. L'engagement solidaire qu'exprime la lettre, pas plus que la promesse contenue dans le billet, ne prive en soi Caplan de son droit de préférence sur l'immeuble. Pour le reste, les tribunaux du Québec en sont venus à la

tained no evidence of a tacit renunciation on Caplan's part of the ordinary effects of cancellation of the sale, namely the annihilation of all privileges caused to encumber the immovable by the purchaser. There are no grounds for intervention by this Court.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec, affirming a judgment of the Superior Court ordering the cancellation of a privilege. Appeal dismissed.

Donald W. Seal, Q.C., and *Léonard E. Siedman*, for the appellants.

Alexander S. Konigsberg and *Julius H. Grey*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—In my view, there is no substantive difference between the question raised by this appeal and the one answered today by this Court in *Stendel v. Moidel and Lawrence*¹.

Appellant is an electrical contractor who registered a privilege for the sum of \$45,051.63 on January 25, 1967. As the general contractor, he contracted with the new purchaser of the immovable, Hôtel Président Inc., to perform various types of work, which he did under the very eyes of the seller Caplan (respondent Lawrence was trustee of the Caplan interests), who used his influence and credit to hasten completion of the work as much as possible. By his action, he is seeking *inter alia* recognition of his privilege, notwithstanding the cancellation of the sale obtained by the seller under the terms of a resolutive clause.

The Quebec courts refused to allow his action. Appellant submits that they erred, principally by failing to give sufficient weight to a letter written by Caplan to Meco on November 11, 1966:

In virtue of a letter dated the 14th July 1966 from Greenspoon, Freedlander, Plachta & Kryton, Architects which was subsequently followed by a work order dated the 29th July 1966 signed by the said firm, as well as by Mr. I. Kugiel of the LaSalle Hotel, you entered into an Agreement for the supply and installation of a complete indoor substation at the said hotel, the whole for a price

¹ [1977] 2 S.C.R. 256.

conclusion unanime que le dossier ne révèle pas une renonciation tacite de la part de Caplan aux effets ordinaires de la résiliation de la vente, savoir l'anéantissement de tous les privilèges dont l'immeuble a pu être grevé par l'acquéreur. Il n'y a aucune raison qui justifierait l'intervention de cette Cour.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure ordonnant la radiation d'un privilège. Pourvoi rejeté.

Donald W. Seal, c.r., et *Léonard E. Siedman*, pour l'appelant.

Alexander S. Konigsberg et *Julius H. Grey*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—La question que pose ce pourvoi ne comporte à mes yeux aucune différence de fond avec celle à laquelle nous répondons ce jour dans *Stendel c. Moidel et Lawrence*¹.

L'appelante est un entrepreneur électricien dont le privilège au montant de \$45,051.63 a été enregistré le 25 janvier 1967. Comme l'entrepreneur général, il a convenu avec le nouvel acquéreur de l'immeuble, Hôtel Président Inc., de faire divers travaux qu'il a exécutés sous les yeux du vendeur Caplan (l'intimé Lawrence étant le syndic des intérêts Caplan), qui a usé de son influence et de son crédit pour qu'ils soient poussés le plus rapidement possible. Son action demande, entre autres, que soit reconnue la validité de son privilège nonobstant l'annulation de la vente obtenue par le vendeur aux termes d'une clause résolutoire.

Les tribunaux du Québec ont refusé d'accéder à cette demande. L'appelante soutient qu'ils sont dans l'erreur, principalement parce qu'ils n'ont pas donné un poids suffisant à une lettre écrite par Caplan à Meco le 11 novembre 1966:

[TRADUCTION] Conformément à une lettre datée du 14 juillet 1966 envoyée par Greenspoon, Freedlander, Plachta & Kryton, architectes, qui a été suivie d'un ordre de fabrication daté du 29 juillet 1966 signé par ladite société de même que par M. I. Kugiel de l'hôtel de LaSalle, vous avez conclu une entente pour la fourniture et l'installation d'une sous-station intérieure complète

¹ [1977] 2 R.C.S. 256.

of FORTY-TWO THOUSAND AND TWENTY DOLLARS (\$42,020.00), including special delivery charges.

Subsequently, you invoiced various smaller charges totalling THREE THOUSAND AND THIRTY-ONE DOLLARS AND SIXTY-THREE CENTS (\$3,031.63).

I understand that of the total amount of FORTY-FIVE THOUSAND AND FIFTY-ONE DOLLARS AND SIXTY-THREE CENTS (\$45,051.63) the sum of TWENTY THOUSAND SIX HUNDRED AND EIGHTY DOLLARS AND THREE CENTS (\$20,680.03) is presently due and unpaid, while the balance of work and materials remains, for reasons well known to me, still to be supplied.

This will confirm our verbal understanding to the effect that you will proceed with all due diligence to complete this work, and that in consideration thereof, I will be bound jointly and severally with the debtor for the payment of the said full sum of FORTY-FIVE THOUSAND AND FIFTY-ONE DOLLARS AND SIXTY-THREE CENTS (\$45,051.63); it is nevertheless understood, that you will not require payment of the said sum prior to the 25th January 1967.

In appellant's view, this letter is much more favourable to his case than the note in question in *Stendel*.

I cannot share this opinion. Neither the joint and several obligation expressed in the letter nor the promise contained in the note is capable in itself of removing Caplan's priority interest in the building. Moreover, the Quebec courts unanimously held that the record contained no evidence of a tacit renunciation on Caplan's part of the ordinary effects of cancellation of the sale, namely the annihilation of all privileges caused to encumber the immovable by the purchaser. I see no grounds for intervention.

For these reasons and those expressed in *Stendel*, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Tinkoff, Seal, Shaposhnick & Moscowitz, Montréal.

Solicitors for the respondent: Lapointe, Rosenstein, White, Lemaître-Auger & Konigsberg, Montréal.

audit hôtel, en contrepartie du paiement d'une somme de QUARANTE-DEUX MILLE VINGT DOLLARS (\$42,020.00), y compris les frais spéciaux de livraison.

Par la suite, vous avez facturé divers montants plus petits s'élevant au total à TROIS MILLE TRENTE ET UN DOLLARS SOIXANTE-TROIS CENTS (\$3,031.63).

Du montant total de QUARANTE-CINQ MILLE CINQUANTE ET UN DOLLARS SOIXANTE-TROIS CENTS (\$45,051.63, la somme de VINGT MILLE SIX CENT QUATRE-VINGT DOLLARS TROIS CENTS (\$20,680.03) est actuellement due et impayée, me dit-on; d'autre part, pour des raisons que je connais bien, il reste des travaux à faire et des matériaux à fournir.

La présente vise à confirmer notre entente orale selon laquelle vous complétez ces travaux dans les plus brefs délais et, en contrepartie, je me reconnais tenu solidairement avec le débiteur au remboursement de la totalité de ladite somme de QUARANTE-CINQ MILLE CINQUANTE ET UN DOLLARS SOIXANTE-TROIS CENTS (\$45,051.63); il est toutefois entendu que vous n'exigerez pas le remboursement de cette somme avant le 25 janvier 1967.

L'appelante voit dans cette lettre un document qui lui serait beaucoup plus favorable que le billet dont il est question dans l'arrêt *Stendel*.

Ce n'est pas là mon avis. L'engagement solidaire qu'exprime la lettre, pas plus que la promesse contenue dans le billet, ne prive en soi Caplan de son droit de préférence sur l'immeuble. Pour le reste, les tribunaux du Québec en sont venus à la conclusion unanime que le dossier ne révèle pas une renonciation tacite de la part de Caplan aux effets ordinaires de la résiliation de la vente, savoir l'anéantissement de tous les privilèges dont l'immeuble a pu être grevé par l'acquéreur. Je ne vois pas de raison d'intervenir.

Pour ces motifs et pour ceux exprimés dans l'arrêt *Stendel*, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Tinkoff, Seal, Shaposhnick & Moscowitz, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Lapointe, Rosenstein, White, Lemaître-Auger & Konigsberg, Montréal.

Gerald Dennis Hubbert *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1977: March 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Appeal — Jury — Challenge for cause — Exercise of discretion by trial judge in respect of attempt to challenge for cause — Defences — Issue of drunkenness.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal by the appellant against his conviction of non-capital murder. Appeal dismissed.

John F. Hamilton, Q.C., and *R. G. Thomas, Q.C.*, for the appellant.

R. M. McLeod, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you, Mr. McLeod. We agree with the Court of Appeal that the way in which and the grounds on which the trial judge exercised his discretion in respect of the attempt of counsel for the accused to challenge for cause is not open to objection. Further, we do not agree that there was any error in the disposition made by the Court of Appeal on the other grounds of appeal raised in that Court, nor do we think that in the circumstances of the present case there was any error in the failure to direct the jury on the issue of drunkenness.

We would add that in our opinion the procedure outlined by the Court of Appeal for dealing with challenges for cause provides a useful guide for trial judges called on to deal with such challenges.

¹ (1975), 29 C.C.C. (2d) 279.

Gerald Dennis Hubbert *Appellant*;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*.

1977: le 25 mars.

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

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

Droit criminel — Appel — Jury — Récusation motivée — Exercice de son pouvoir discrétionnaire par le juge de première instance relativement à des récusations motivées — Moyens de défense — Ivresse.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ rejetant l'appel par l'appellant de sa condamnation pour meurtre non qualifié. Pourvoi rejeté.

John F. Hamilton, c.r., et *R. G. Thomas, c.r.*, pour l'appellant.

R. M. McLeod, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il n'est pas nécessaire de vous entendre M^e McLeod. Nous partageons l'avis de la Cour d'appel selon laquelle la manière dont le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire et les motifs qu'il a invoqués pour ce faire, à l'égard des récusations motivées que l'avocat de l'accusé a essayé d'obtenir, sont à l'abri de toute objection. De plus, nous sommes d'avis que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en disposant comme elle l'a fait des autres moyens d'appel soulevés devant elle, et nous estimons en outre que le fait de ne pas avoir donné au jury de directives sur la question de l'ivresse n'était pas une erreur dans les présentes circonstances.

Nous tenons à ajouter qu'à nos yeux, les principes énoncés par la Cour d'appel sur les récusations motivées constituent des indications utiles pour les juges de première instance appelés à se prononcer sur de telles récusations.

¹ (1975), 29 C.C.C. (2d) 279.

The appeal is, accordingly, dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: John F. Hamilton and Ronald G. Thomas, Toronto.

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

Le pourvoi est donc rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: John F. Hamilton et Ronald G. Thomas, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

The Bedford Service Commission *Appellant;*

and

**The Attorney General of Nova Scotia and
The Halifax-Dartmouth Regional Authority**
Respondents.

1977: March 22.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie,
Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA
SCOTIA, APPEAL DIVISION*Administrative law — Practice — Class action —
Status to sue — Provincial government agencies —
Statutory bodies — Status to bring declaratory action
— Justiciable nature of issues raised in statement of
claim — Bedford Service Commission Act, 1953 (N.S.)
c. 73 as amended, ss. 5(c), (f), (h), 25(4).*APPEAL from a judgment of the Supreme
Court of Nova Scotia, Appeal Division¹ reversing
a judgment of MacIntosh J. at trial². Appeal
allowed, judgment at trial restored.*Kenneth A. MacInnis, and David Cook, for the
appellant.**J. W. Kavanagh, Q.C., and David Giovannetti,
for the Attorney General for Nova Scotia.**A. W. Cox, Q.C., and David W. Hooley, for the
Halifax Dartmouth Regional Authority.*The judgment of the Court was delivered orally
byTHE CHIEF JUSTICE—We are all of the opinion
that this appeal must be allowed, the judgment of
the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme
Court set aside and the judgment of MacIntosh J.
restored. In view of the fact that the proceedings
before us originated in an application by the
respondents questioning the standing of the plain-
tiffs, who then included Lacona Heather Cunning-
ham suing in a class action, and that only the joint
statement of claim was before the Chambers¹ (1976), 18 N.S.R. (2d) 132.² (1976), 18 N.S.R. (2d) 155.**The Bedford Service Commission** *Appelante;*

et

**Le procureur général de la Nouvelle-Écosse et
The Halifax-Dartmouth Regional Authority**
Intimés.

1977: le 22 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland,
Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et
de Grandpré.EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR
SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE*Droit administratif — Pratique — Action collective
— Qualité pour agir — Agences du gouvernement
provincial — Organismes créés par la loi — Qualité
pour instituer une action déclaratoire — Les questions
soulevées dans la déclaration donnent-elles ouverture à
une action? — Bedford Service Commission Act, 1953
(N.-É.) c. 73, et ses modifications, art. 5(c), (f), (h) et 25(4).*POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de
la Division d'appel de la Cour suprême de la
Nouvelle-Écosse¹ infirmant un jugement du juge
de première instance MacIntosh². Pourvoi
accueilli, jugement de première instance rétabli.*Kenneth A. MacInnis, et David Cook, pour
l'appelante.**J. W. Kavanagh, c.r., et David Giovannetti, pour
le procureur général de la Nouvelle-Écosse.**A. W. Cox, c.r., et David W. Hooley, pour
Halifax-Dartmouth Regional Authority.*Le jugement de la Cour a été rendu oralement
parLE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis
que le présent pourvoi doit être accueilli, l'arrêt de
la Division d'appel de la Cour suprême de la
Nouvelle-Écosse infirmé et le jugement du juge
MacIntosh rétabli. Les procédures instituées
devant nous tirent leur origine de la contestation
par les intimés de la qualité pour agir des deman-
deresses qui incluait alors Lacona Heather Cun-
ningham en tant que partie à une action collective.
Seule la déclaration conjointe a été déposée devant¹ (1976), 18 N.S.R. (2d) 132.² (1976), 18 N.S.R. (2d) 155.

Judge and before the Appeal Division, and that no application had been brought by the respondents to strike out the statement of claim as disclosing no cause of action, it is our opinion that the Appeal Division could not in effect strike out the statement of claim in an action to which Mrs. Cunningham was still a party when she was not heard because no appeal was taken by the respondents against the order of MacIntosh J. in her favour.

In our view, the allegations in the statement of claim, taking them as established (as we must for the purpose of the present proceedings) do raise justiciable issues, and we are further of the opinion that the appellant Bedford Service Commission, having regard to its powers under s. 5(c)(f)(h) and to its successor position under s. 25(4) of the *Bedford Service Commission Act*, 1953 (N.S.), c. 73, as amended, has a sufficient interest to challenge the legality of the proposed establishment of a sanitary landfill, by or under the authority or with the approval of the respondents, on a site within the area in which the appellant is empowered to act under its powers and in respect of its functions, and, hence, to assert the claims that it has advanced in the statement of claim.

The appeal is accordingly allowed, the judgment of the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court is set aside and the judgment of MacIntosh J. is restored. The appellant is entitled to its costs throughout.

Appeal allowed with costs, judgment at trial restored.

Solicitors for the appellant: Claman, Dietrich, Clark, Bright & MacInnis, Halifax.

Solicitor for the respondent, The Attorney General of Nova Scotia: J. W. Kavanagh, Halifax.

Solicitor for the respondent, the Halifax-Dartmouth Regional Authority: A. William Cox, Halifax.

le juge en chambre et devant la Division d'appel, et les intimés n'ont déposé aucune demande d'annulation des déclarations pour le motif qu'elles ne révèlent aucune cause d'action. En conséquence nous sommes d'avis que la Division d'appel ne pouvait pas annuler la déclaration dans une action à laquelle M^{me} Cunningham était toujours partie alors qu'elle n'a pas été entendue, car les intimés n'ont pas interjeté appel de l'ordonnance rendue par le juge MacIntosh en faveur de cette dernière.

Prenant pour acquis les allégations contenues dans la déclaration (comme nous devons faire aux fins des présentes procédures), nous sommes d'avis qu'elles soulèvent effectivement des questions donnant ouverture à une action. Nous sommes également d'avis que l'appelante Bedford Service Commission, en raison des pouvoirs conférés par les al. c), f) et h) de l'art. 5 et de sa qualité de successeur aux termes du par. 25(4) du *Bedford Service Commission Act*, 1953 (N.-É.), c. 73, et modifications, a un intérêt suffisant pour contester la légalité du projet conçu par les intimés, ou avec leur approbation, visant à utiliser comme décharge un terrain situé dans une région du ressort de l'appelante en vertu de ses pouvoirs et de ses fonctions, et donc pour faire valoir en justice la réclamation exposée dans la déclaration.

Le pourvoi est donc accueilli, l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse est infirmé et le jugement du juge MacIntosh est rétabli. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens, le jugement de première instance est rétabli.

Procureurs de l'appelante: Claman, Dietrich, Clark, Bright & MacInnis, Halifax.

Procureur de l'intimé, le procureur général de la Nouvelle-Écosse: J. W. Kavanagh, Halifax.

Procureur de l'intimé, Halifax-Dartmouth Regional Authority: A. William Cox, Halifax.

William Thomas Silburn *Appellant*;

and

Antagon Construction Company Ltd.
Respondent.

1976: March 12; 1976: May 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Motor vehicles — Road works — Motorist hitting a
pile of gravel on the road — Divided responsibility —
Quantum — Intervention of the Court of Appeal
justified.*

On May 9, 1967, at around 11:25 p.m., appellant was driving his car east on Henri Bourassa Boulevard, in Montreal, when he hit a pile of gravel that was blocking one of the three lanes of traffic. The pile of gravel had been left there by respondent, which was doing work on the road. There were two barricades marking the presence of the obstacle, but according to the preponderance of the evidence, there were no flashers. It was raining that evening, but the area was well lit. Appellant was injured in the accident, and the Superior Court, finding respondent solely responsible, ordered it to pay \$96,208 in damages. The majority of the Court of Appeal (the dissenting judge considered that appellant alone was at fault and would have dismissed the action) varied the judgment of the Superior Court by dividing the responsibility equally and reducing the damages to \$71,208. Hence the application to this Court to restore the trial judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

The question in this case is not whether there was an error of fact on the part of the trial judge, but rather whether the conclusion he drew from proven facts is erroneous. The Court of Appeal decided that it was, and this Court considers its intervention justified. It is impossible to accept the criterion of foreseeability referred to by the trial judge, and on the basis of which he concluded that appellant would have been partially at fault if, instead of colliding with a pile of gravel, he had hit a parked car. The criterion of the reasonable man is valid in both situations.

The reduction of the damages by the Court of Appeal from \$70,000 to \$45,000 seems equally justified, in light of the principles recognized by this Court. The conclusion of the trial judge is based on a misreading of the testimony, especially when he considered appellant to be

William Thomas Silburn *Appelant*;

et

Antagon Construction Company Ltd. *Intimée.*

1976: le 12 mars; 1976: le 5 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Véhicules automobiles — Travaux de voirie —
Automobiliste heurtant un amoncellement de gravier
sur la chaussée — Responsabilité partagée — Quantum
— Intervention justifiée de la Cour d'appel.*

Le 9 mai 1967, vers 23h 25, l'appelant conduisait son automobile vers l'est sur le boulevard Henri Bourassa, à Montréal, lorsqu'il a heurté un amoncellement de gravier qui obstruait une des trois voies de circulation. Le tas de gravier avait été laissé à cet endroit par l'intimée, qui y effectuait des travaux de voirie. Deux barricades indiquaient la présence de l'obstacle mais, selon la prépondérance de la preuve, il n'y avait pas de signaux lumineux. Il pleuvait ce soir là mais l'endroit était bien éclairé. L'appelant a été blessé dans l'accident et la Cour supérieure, déclarant l'intimée seule responsable, a condamné celle-ci à payer \$96,208 en dommages-intérêts. La majorité de la Cour d'appel (le juge dissident considérant que seul l'appelant étant en faute aurait renvoyé l'action) a modifié le jugement de la Cour supérieure en partageant également la responsabilité et en réduisant les dommages à \$71,208. D'où la demande à cette Cour de rétablir le jugement de première instance.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Il ne s'agit pas en l'espèce de déterminer s'il y a eu erreur de fait de la part du juge de première instance mais, plutôt, si la conclusion qu'il a tirée de faits prouvés est entachée d'une erreur. La Cour d'appel a décidé dans l'affirmative et cette Cour considère son intervention justifiée. Il est impossible de retenir le critère de prévisibilité mentionné par le premier juge et en vertu duquel il a conclu que l'appelant aurait été partiellement en faute si au lieu d'entrer en collision avec un tas de gravier, il avait heurté un véhicule stationné. Le critère de l'homme raisonnable vaut pour les deux situations.

La réduction des dommages par la Cour d'appel de \$70,000 à \$45,000 semble, à la lumière des principes reconnus par cette Cour, également justifiée. La conclusion du premier juge est fondée sur une mauvaise lecture des témoignages, surtout lorsqu'il a considéré l'appelant

an active pilot whose career had been brought to an end by the accident, whereas aviation had not been appellant's chief livelihood for the previous four years. This Court agrees with the Court of Appeal that the evidence that this situation was to change in the near future is not at all convincing. Moreover, the sum of \$70,000 as general damages resulting from the loss of an eye which the Superior Court had awarded exceeds considerably the amount generally awarded by the courts at the time, taking into consideration appellant's age and income. The Court of Appeal was justified in reducing the damages under this head by \$25,000.

Dorval v. Bouvier, [1968] S.C.R. 288; *Hood v. Hood*, [1972] S.C.R. 244; *Alexandroff v. R.*, [1970] S.C.R. 753; *Watt v. Smith*, [1968] S.C.R. 177; *Fanjoy v. Keller*, [1974] S.C.R. 315, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec¹, varying a judgment of the Superior Court². Appeal dismissed.

J. Gibb Stewart, Q.C., for the appellant.

Guy Pépin, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—Appellant was injured on May 9, 1967, at around 11:25 p.m. when the car he was driving on Henri Bourassa Boulevard, in Montreal, hit a pile of gravel that had been left on the road by respondent, with the result that appellant lost control of his car, which continued for 300 feet before colliding with a pole.

In the Superior Court, respondent was ordered to pay all damages, which were assessed at \$96,208. On appeal this judgment was varied, the majority being of the opinion

(a) that responsibility should be divided equally between the parties;

(b) that the damages should be reduced to the sum of \$71,208;

Casey J. dissenting, would have dismissed the action, since in his view appellant "was the author of his own misfortune". This brings us to the present appeal, which raises both the issue of responsibility and the issue of damages.

¹ [1973] C.A. 743.

² [1971] C.S. 396.

comme un pilote en activité dont l'accident avait mis fin à la carrière, alors que l'aviation n'était plus son gagne-pain principal depuis quatre ans. Cette Cour est d'accord avec la Cour d'appel que la preuve que cette situation devait bientôt changer n'est aucunement convaincante. Par ailleurs la somme de \$70,000 à titre de dommages généraux résultant de la perte d'un œil, que la Cour supérieure avait accordée, dépasse considérablement ce qui, à l'époque, était accordé par les tribunaux, compte tenu de l'âge et des revenus de l'appelant. La Cour d'appel a eu raison de diminuer de \$25,000 les dommages sous ce chef.

Arrêts mentionnés: *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Hood c. Hood*, [1972] R.C.S. 244; *Alexandroff c. R.*, [1970] R.C.S. 753; *Watt c. Smith*, [1968] R.C.S. 177; *Fanjoy c. Keller*, [1974] R.C.S. 315.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ qui a modifié un jugement de la Cour supérieure². Pourvoi rejeté.

J. Gibb Stewart, c.r., pour l'appelant.

Guy Pépin, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—L'appelant a été blessé le 9 mai 1967, vers 23 h 25, alors que l'automobile qu'il conduisait sur le boulevard Henri Bourassa, à Montréal, a frappé un amoncellement de gravier laissé sur la chaussée par l'intimée, avec le résultat que l'appelant a perdu le contrôle et que sa voiture a continué sur une distance de 300 pieds avant de s'écraser contre un poteau.

En Cour supérieure, l'intimée a été condamnée à payer la totalité des dommages qui furent évalués à \$96,208. En appel, ce jugement fut modifié, la majorité étant d'avis

a) que la responsabilité devait être divisée également entre les parties;

b) que les dommages devaient être réduits à la somme de \$71,208;

M. le juge Casey, dissident, aurait renvoyé l'action étant donné que, à ses yeux, l'appelant «*was the author of his own misfortune*». D'où le présent pourvoi qui soulève tant la question de responsabilité que la question des dommages.

¹ [1973] C.A. 743.

² [1971] C.S. 396.

The accident occurred immediately to the east of Lacordaire Boulevard. At this point Henri-Bourassa Boulevard consists of six lanes divided by a central concrete median. Along this median, every 105 feet, there are modern street lamps. Appellant was driving east at a speed of between thirty and thirty-five miles an hour in the traffic lane alongside the central median. It is this lane which was blocked by the pile of gravel; the other two lanes, comprising a total width of twenty-two feet, were free of any obstruction. The evidence disclosed that, before coming into contact with the pile of gravel, appellant's car hit two barricades which had been placed there by respondent's employees. Although the latter also state that they marked the presence of the gravel with flashers, this evidence was rejected by the trial judge and by Deschênes J. in the Court of Appeal, and I shall examine the question of responsibility on the basis of this established fact.

It should be added that it was raining that evening and that the road was wet, with the result that the surface was glistening, reducing visibility. However, appellant admitted in his testimony that visibility "was no big problem". Nevertheless, appellant saw nothing before the impact, neither the barricade nor the gravel.

On these facts the trial judge concluded that respondent was solely responsible, saying that the driver could not be held at fault since it had been a rainy evening with poor visibility. The learned judge added that if appellant had collided with a parked car he would have found him partially at fault, because the presence of such a car was foreseeable.

The Court of Appeal did not come to the same conclusion. I have already mentioned that Casey J., dissenting, would have simply dismissed the action. Rinfret and Deschênes JJ. reached the conclusion that appellant must bear half the blame. Rinfret J. held that appellant was negligent in not seeing the pile of gravel notwithstanding the flashers put out by respondent's employees, the lamps in the middle of the boulevard and the general illumination from a gas station located at the southeast corner of the intersection. Deschênes

L'accident est arrivé immédiatement à l'est du boulevard Lacordaire. A cet endroit, le boulevard Henri-Bourassa est constitué de six voies de circulation séparées par un mail central en béton. Sur ce mail, à tous les 105 pieds, sont installés des lampadaires modernes. L'appellant circulait vers l'est à une vitesse de 30-35 milles à l'heure en empruntant la voie de circulation longeant le mail central. C'est cette voie qui était bloquée par l'amoncellement de gravier, les deux autres, soit une largeur totale de 22 pieds, étaient libres de tout obstacle. La preuve a révélé qu'avant de venir en contact avec le tas de gravier, la voiture de l'appellant frappa deux barricades qui avaient été installées là par les employés de l'intimée. Bien que ceux-ci affirment aussi avoir indiqué la présence du gravier par des signaux lumineux, cette preuve a été écartée par le premier juge et par M. le juge Deschênes en Cour d'appel et j'examinerai la responsabilité à partir de ce constat.

Il faut ajouter que ce soir-là il pleuvait et que la chaussée était mouillée avec le résultat que le pavé miroitait, rendant la visibilité plus difficile. Toutefois, l'appellant, dans son témoignage, a reconnu que la question visibilité «*was no big problem*». Cependant, l'appellant ne vit rien avant le contact, ni barricade, ni gravier.

Sur ces faits, le premier juge a conclu à la seule responsabilité de l'intimée en soulignant que l'automobiliste ne pouvait être tenu de faute vu qu'il s'agissait d'une soirée pluvieuse rendant la visibilité difficile. Le savant juge d'ajouter que si l'appellant était entré en collision avec une voiture stationnée, il l'aurait trouvé partiellement en faute parce que la présence d'une telle voiture était prévisible.

La Cour d'appel n'a pas partagé cette conclusion. J'ai déjà souligné que M. le juge Casey, dissident, aurait renvoyé l'action purement et simplement. De leur côté, MM. les juges Rinfret et Deschênes en viennent à la conclusion que l'appellant doit supporter la moitié de la faute. Pour M. le juge Rinfret, l'appellant a été négligent en ne voyant pas le tas de gravier, nonobstant les feux clignotants laissés par les employés de l'intimée, les lampadaires au milieu du boulevard et l'illumination générale provenant d'un poste d'essence

J. for his part did not think that the evidence pointed to the existence of flashers operating in the few minutes preceding the accident. I have already said that it is preferable to examine the question of responsibility on the basis of this premise. However, in view of appellant's admission that the visibility was not too bad, and in view of the existence of various sources of light which would certainly have enabled plaintiff-appellant to see the obstacle if he had been driving his car attentively, Deschênes J. also concluded that the driver was partially responsible. He stated that:

[TRANSLATION] This is no longer a question of fact, but a question of the conclusion that must be drawn from the proven facts.

With all due respect to the trial judge, after carefully considering all the evidence I am unable to accept his conclusion that the entire responsibility for this accident should be borne by appellant. In my opinion respondent was in a situation in which he should normally have reacted to the obstacle, and his lack of any response even *in extremis* forces me to conclude that he was certainly not paying as much attention as a careful driver would to the handling of his car.

Was the Court of Appeal justified in intervening? In other words, is this a situation in which the conclusion of the trial judge is sufficiently erroneous that it should be set aside? The criteria are well known, and it is sufficient to refer as a reminder to *Dorval v. Bouvier*³, and to the review of the case law made by Laskin J., as he then was, in *Hood v. Hood*⁴, at p. 251.

In my opinion the Court of Appeal was justified in varying the trial judgment. Certainly there can be no doubt as to the fault of respondent, and there is no cross-appeal before the Court. However, the fault of the appellant-driver seems to me equally clear (*Alexandroff v. the Queen*⁵). I cannot accept the criterion of foreseeability which the trial judge relied on and conclude with him that appellant would have been partially at fault, if

³ [1968] S.C.R. 288.

⁴ [1972] S.C.R. 244.

⁵ [1970] S.C.R. 753.

situé au coin sud-est de l'intersection. De son côté, M. le juge Deschênes ne croit pas que la preuve révèle l'existence de clignotants fonctionnant dans les minutes qui ont précédé l'accident. J'ai déjà indiqué qu'il est préférable d'étudier la responsabilité à partir de cette prémisse. Toutefois, vu l'aveu de l'appelant que la visibilité n'était pas tellement mauvaise et vu l'existence de divers foyers d'illumination qui auraient certainement permis au demandeur-appelant de voir l'obstacle s'il avait prêté attention à la conduite de son véhicule, M. le juge Deschênes conclut lui aussi à la responsabilité partielle de l'automobiliste. Voici comment il s'exprime:

Il ne s'agit plus là d'une question de fait, mais de la conclusion qu'il faut tirer en droit des faits prouvés.

En toute déférence pour le premier Juge, après mûre considération de toute la preuve, je me sens bien incapable d'accepter sa conclusion que l'entière responsabilité de cet accident doit reposer sur l'appelante. Dans mon opinion, l'intimé se trouvait dans des conditions où il aurait dû normalement réagir devant l'obstacle et son absence de toute manœuvre même *in extremis* me force à conclure qu'il ne portait certes pas à la conduite de sa voiture l'attention d'un conducteur diligent.

La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'intervenir? En d'autres termes, sommes-nous devant une situation où la conclusion du premier juge est entachée d'une erreur telle qu'il faille la mettre de côté? Les critères sont bien connus et il suffit de référer pour mémoire à *Dorval c. Bouvier*³, et à la revue de la jurisprudence faite par M. le juge Laskin, tel qu'il était alors, dans *Hood c. Hood*⁴, à la p. 251.

A mon avis, la cour d'appel a eu raison de modifier le jugement de première instance. Certes, la faute de l'intimée ne peut être mise en doute et d'ailleurs il n'y a pas d'appel incident devant nous. Mais la faute de l'automobiliste-appelant me semble aussi évidente (*Alexandroff c. La Reine*⁵). Il m'est impossible d'accepter le critère de prévisibilité auquel s'est arrêté le premier juge et de conclure avec lui que l'appelant aurait été partiel-

³ [1968] R.C.S. 288.

⁴ [1972] R.C.S. 244.

⁵ [1970] R.C.S. 753.

instead of colliding with a pile of gravel he had hit a parked car. Both cases involve the same conduct on the part of appellant. The criterion of the reasonable man is valid in both situations.

There remains the question of damages. The Court of Appeal reduced from \$70,000 to \$45,000 the general damages for twenty-five per cent permanent partial incapacity and the resultant loss of enjoyment of life. In light of the relevant principles I am in agreement. In contrast with the situations in *Watt v. Smith*⁶ and *Fanjoy v. Keller*⁷, the circumstances in the case at bar justified the intervention of the Court of Appeal.

At the time of the accident, appellant had a total income of \$11,000. The trial judge, giving plaintiff's evidence a positive character it did not have, came to the conclusion that the permanent incapacity should be calculated on the basis of an earning capacity of \$15,000 a year. This conclusion is based on a misreading of the testimony. The trial judge's error, as Deschênes J. points out, lies in the fact that he viewed the matter as if appellant were an active pilot and calculated the damages as if the accident had put an end to his career. For the previous four weeks aviation had not been appellant's chief livelihood; he merely earned approximately \$2,000 a year as a military reserve pilot. In order to establish that this situation was to change in the near future, appellant presented the testimony of a Mr. George, the president of a construction company with sites in several places in Canada. Deschênes J. analysed this testimony and pointed out that at the time of the accident, only preliminary conversations had taken place, and at the time the trial, at the end of 1970, the witness George had not yet hired a permanent pilot. I share the opinion of Deschênes J. that nothing could be less convincing than the evidence concerning this employment possibility.

There are two other points that should be made. The first is an error in calculation: having decided

⁶ [1968] S.C.R. 177.

⁷ [1974] S.C.R. 315.

lement en faute si, au lieu d'entrer en collision avec un tas de gravier, il avait frappé un véhicule stationné. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit de la même conduite de l'appellant. Le critère de l'homme raisonnable est valable pour les deux situations.

Reste la question des dommages. La Cour d'appel a réduit de \$70,000 à \$45,000 les dommages généraux pour incapacité partielle permanent de 25% et perte de jouissance de la vie en découlant. A la lumière des principes pertinents, je suis d'accord. Au contraire de la situation dans les arrêts *Watt c. Smith*⁶ et *Fanjoy c. Keller*⁷, les circonstances du présent dossier justifiaient l'intervention de la Cour d'appel.

Au moment de l'accident, l'appellant faisait un revenu total de \$11,000. Le premier juge, donnant à la preuve de la demande un aspect positif qu'elle n'avait pas, en vint à la conclusion que l'incapacité permanente devait être calculée sur une capacité de gain de \$15,000 par année. Cette conclusion est fondée sur une mauvaise lecture des témoignages. L'erreur du premier juge, comme le souligne M. le juge Deschênes, a été d'avoir envisagé l'affaire comme si l'appellant était un pilote en activité et calculé les dommages comme si l'accident avait mis fin à sa carrière. Or, l'appellant n'avait pas depuis quatre ans fait de l'aviation son gagne-pain principal, se contentant de gagner environ \$2,000 par année à titre de pilote de réserve de l'aviation militaire. Pour établir que cette situation devait changer bientôt, l'appellant offrit le témoignage d'un M. George, président d'une compagnie de construction ayant des chantiers à plusieurs endroits du Canada. M. le juge Deschênes analyse ce témoignage pour souligner qu'au moment de l'accident, seules des conversations préliminaires avaient eu lieu et qu'au moment du procès, à la fin de 1970, le témoin George n'avait pas encore engagé de pilote permanent. Je partage l'avis de M. le juge Deschênes que rien n'est moins convaincant que la preuve relative à cette possibilité d'emploi.

Deux autres points sont à souligner. D'abord une erreur de calcul: après avoir conclu à une

⁶ [1968] R.C.S. 177.

⁷ [1974] R.C.S. 315.

on an earning capacity of \$15,000 a year and a permanent incapacity of twenty-five per cent, the trial judge determined the compensation on the basis of a loss of at least \$4,000 a year. Moreover, the figure of \$70,000 as general damages resulting from the loss of an eye exceeds considerably the amount generally awarded by the courts at the time, taking into consideration the injured person's age (thirty-four at the time of the accident) and income. Like the Court of Appeal therefore, we must conclude that the amounts decided upon by the trial judge should be reduced by \$25,000.

For these reasons I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Stewart, McKenna, Gagné, Kisilenko & Kohl, Montreal.

Solicitors for the respondent: Pépin & Barrette, Montreal.

capacité de gain de \$15,000 par année et à une incapacité permanente de 25%, le premier juge fixe l'indemnité à partir d'une perte d'au moins \$4,000 par année. Par ailleurs, le chiffre de \$70,000 à titre de dommages généraux résultant de la perte d'un œil dépasse considérablement ce qui, à l'époque, était accordé par les tribunaux, compte tenu de l'âge (34 ans au moment de l'accident) et des revenus du blessé. Comme la Cour d'appel, il faut donc conclure que les chiffres retenus par le premier juge doivent être diminués de \$25,000.

Pour ces raisons, je rejeterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Stewart, McKenna, Gagné, Kisilenko & Kohl, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Pépin & Barrette, Montréal.

Léo Vézeau Appellant;

and

Her Majesty The Queen Respondent.

1975: November 26; 1976: April 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Alibi defence — Failure of accused to testify — Instructions to the jury — Mention by judge that no conclusion unfavourable to the accused may be drawn from his failure to testify — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 4(5).

Appeal — Acquittal at trial — Error of law — New trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1), (4), 618(2).

The appellant, who was charged with non-capital murder, was tried before a judge and jury, and was acquitted. He presented an alibi defence at the trial but did not testify himself. In giving his instructions to the jury the judge said that they could not draw any conclusion unfavourable to the accused from the fact that he had not testified. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, which was based on the contention that this instruction constituted an error of law, and ordered a new trial. Hence the appeal to this Court.

Held (Laskin C.J. and Dickson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: Although s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* provides that the failure of a person charged to testify shall not be made the subject of comment by the judge, it does not authorize a trial judge to direct a jury that they cannot draw their own conclusions from the fact that the accused did not testify. In fact it is open to a jury to draw a logical inference from the failure of the accused to testify, particularly in a case in which it is sought to establish an alibi. Accordingly the trial judge's direction constituted an error of law and justified the appeal.

Section 613(4) of the *Criminal Code*, which deals with the powers of the court of appeal on an appeal from an acquittal, contains no provision similar to s. 613(1), which states that where there is an appeal against a conviction, the court of appeal may dismiss the appeal notwithstanding that it is of the opinion that

Léo Vézeau Appellant;

et

Sa Majesté la Reine Intimée.

1975: le 26 novembre; 1976: le 1^{er} avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Défense d'alibi — Abstention de l'accusé de témoigner — Directives au jury — Mention par le juge qu'aucune conclusion défavorable à l'accusé ne peut être tirée de cette abstention — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 4(5).

Appel — Acquiescement au procès — Erreur de droit — Nouveau procès ordonné — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 613(1), (4), 618 (2).

L'appellant, accusé d'un meurtre non qualifié, a subi son procès devant un juge et un jury et il a été acquitté. Au procès, il a présenté une défense d'alibi mais il n'a pas lui-même témoigné. En donnant ses directives, le juge a dit aux jurés qu'ils ne pouvaient tirer aucune conclusion défavorable à l'accusé du fait que celui-ci n'avait pas témoigné. La Cour d'appel a accueilli la prétention du ministère public, savoir que cette directive constituait une erreur de droit, et ordonné un nouveau procès. D'où le pourvoi de l'accusé devant cette Cour.

Arrêt (Le juge en chef Laskin et le juge Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Même si le par. (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* porte que l'abstention d'un accusé de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge, il n'autorise pas le juge du procès à dire aux jurés qu'ils ne peuvent tirer leurs propres conclusions du fait que l'accusé n'a pas témoigné. Effectivement, il est loisible aux jurés de tirer une conclusion logique de l'abstention de l'accusé, notamment lorsqu'on cherche à établir un alibi. La directive du juge du procès constituait donc une erreur de droit et justifiait l'appel.

Le paragraphe (4) de l'art. 613 du *Code criminel*, qui porte sur les pouvoirs de la cour d'appel quand un appel est interjeté d'un acquiescement, ne contient pas de disposition semblable au par. (1) de l'art. 613, savoir que la cour d'appel, quand un appel est interjeté d'une déclaration de culpabilité, peut le rejeter si elle est d'avis

there has been a wrong decision of law in the trial court, if the court is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. However, this Court has already recognized that, in an appeal from a verdict of acquittal, there were grounds for applying the test defined in *White* [1947] S.C.R. 268, and that it was the duty of the Crown to satisfy the Court that the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had properly directed the jury. The Crown fulfilled its duty in the case at bar: the failure of an accused person, who relies upon an alibi, to testify and thus to submit himself to cross-examination is a matter of importance in considering the validity of that defence. The jury, in this case, was instructed that they could not take that fact into account.

Per Laskin C.J. and Dickson J., *dissenting*: There may have been error in telling the jury they could not draw an unfavourable inference from failure to testify. However, although this error was prejudicial to the Crown, it was not such as to warrant a new trial, unless the Crown could satisfy the Court with a substantial degree of certainty that the jury would necessarily have convicted the accused in the absence of the offending words. An examination of the evidence in the case at bar does not allow us to reach any such conclusion. If the case turned only on alibi, the appeal would have to be dismissed, but this does not obtain. Alibi was a secondary defence, primarily the case for the accused rested upon the frailty of the evidence of identification. The evidence was far from strong and positive and it is not surprising that after hearing it the jury entertained a reasonable doubt as to appellant's guilt. It is by no means evident that this short sentence buried in a charge extending through twenty-eight pages of transcript may have changed the jury's verdict had it not been spoken.

[*White v. R.*, [1947] S.C.R. 268; *R. v. Gauthier*, [1977] 1 S.C.R. 441, followed; *R. v. Comba* (1938), 70 C.C.C. 205; *Coffin v. R.* (1955), 21 C.R. 333; *Corbett v. R.*, [1975] 2 S.C.R. 275; *McConnell and Beer v. R.*, [1968] S.C.R. 802; *Avon v. R.*, [1971] S.C.R. 650; *R. v. Paquette* (1975), 19 C.C.C. (2d) 154, referred to.]

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec¹, quashing a verdict of acquittal handed down by a jury and ordering a new trial. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Dickson J. dissenting.

¹ [1971] C.A. 682, 15 C.N.R.S. 336.

qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit, bien qu'elle estime que la cour de première instance ait commis une erreur de droit. Toutefois, cette Cour a déjà reconnu que, dans un appel d'un verdict d'acquiescement, il y avait lieu d'appliquer le critère défini dans l'arrêt *White*, [1947] R.C.S. 268, et qu'il incombait au ministère public de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès avait correctement donné ses directives au jury. En l'espèce, le ministère public a rempli son obligation: le fait qu'un accusé, qui invoque un alibi, s'abstienne de témoigner et de se soumettre ainsi à un contre-interrogatoire est une question importante pour déterminer la valeur de son moyen de défense et on avait dit au jury qu'il ne pouvait tenir compte de ce fait.

Le juge en chef Laskin et le juge Dickson, dissidents: Le juge a peut-être commis une erreur en disant au jury qu'il ne pouvait tirer aucune conclusion défavorable à l'accusé de son abstention de témoigner. Toutefois, même si cette erreur était préjudiciable au ministère public, elle ne suffit pas à justifier un nouveau procès, à moins que le ministère public puisse convaincre la Cour que le jury aurait très probablement déclaré l'accusé coupable si les mots attaqués n'avaient pas été prononcés. En l'espèce, l'examen de la preuve ne permet pas d'en arriver à pareille conclusion. Si l'issue de cette affaire dépendait seulement de l'alibi, il faudrait rejeter ce pourvoi, mais ce n'est pas le cas. L'alibi est une défense accessoire et la défense de l'accusé reposait essentiellement sur la faiblesse de la preuve afférente à l'identification. Cette preuve était loin d'être forte et positive et il n'est pas surprenant que le jury, après l'avoir entendue, ait eu un doute raisonnable sur la culpabilité de l'appelant. Il n'est aucunement évident que cette courte phrase perdue dans les 28 pages de transcription des directives ait pu changé le verdict du jury si elle n'avait pas été prononcée.

[Arrêts suivis: *White c. R.*, [1947] R.C.S. 268; *R. c. Gauthier*, [1977] 1 R.C.S. 441; arrêts mentionnés: *R. v. Comba* (1938), 70 C.C.C. 205; *Coffin v. R.* (1955), 21 C.R. 333; *Corbett c. R.*, [1975] 2 R.C.S. 275; *McConnell et Beer c. R.*, [1968] R.C.S. 802; *Avon c. R.*, [1971] R.C.S. 650; *R. v. Paquette* (1975), 19 C.C.C. (2d) 154.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ qui a cassé un verdict d'acquiescement prononcé par un jury et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Dickson étant dissidents.

¹ [1971] C.A. 682, 15 C.R.N.S. 336.

Lawrence Corriveau, Q.C., for the appellant.

François Tremblay, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Dickson J. was delivered by

DICKSON J. (*dissenting*)—The appellant Vézeau was acquitted on a charge of non-capital murder after a five-day trial before Mr. Justice Marcel Crête and jury at the City of Quebec. The Crown appealed the verdict. The Court of Appeal for Quebec unanimously allowed the appeal and ordered a new trial. The appeal comes before this Court pursuant to s. 618(2)(a) of the *Criminal Code* which gives a person who is acquitted of an indictable offence and whose acquittal is set aside by the Court of Appeal a right to appeal to the Supreme Court of Canada on a question of law.

The accused was charged with the murder of Roland Huard on October 2, 1969. The murder occurred in a Quebec restaurant, "L'Oasis", in Quebec City. Huard was shot to death. The appeal and the new trial rest upon consideration of the effect of the following passage in the judge's charge to the jury:

[TRANSLATION] After you were sworn in as jurors, I pointed out to you that in our criminal law, the accused before the Court is presumed to be innocent. Not only must the Crown prove the accused guilty beyond all reasonable doubt, but the accused himself does not have to establish his innocence. Neither is he required to testify in his own defence. In this case the accused did not testify. You may not draw from this fact any conclusion unfavourable to the accused.

Section 4(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 provides that every person charged with an offence is a competent witness for the defence. Subsection (5) of the same section provides that the failure of the person charged to testify shall not be the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution. The purpose of this latter subsection is not obscure. An accused person enjoys the presumption of innocence, and the burden of proof beyond reasonable doubt rests upon the prosecution from the begin-

Lawrence Corriveau, c.r., pour l'appellant.

François Tremblay, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Dickson a été rendu par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—L'appellant Vézeau a été acquitté d'une accusation de meurtre non qualifié après un procès qui a duré cinq jours, devant M. le juge Marcel Crête et un jury, dans la ville de Québec. Le ministère public a interjeté appel du verdict. La Cour d'appel du Québec a unanimement accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. Le pourvoi est interjeté devant cette Cour conformément à l'al. a) du par. (2) de l'art. 618 du *Code criminel*, qui donne à une personne déchargée de l'accusation d'un acte criminel et dont l'acquittement est annulé par la Cour d'appel le droit d'interjeter appel devant la Cour suprême du Canada sur une question de droit.

L'accusé a été inculpé du meurtre de Roland Huard, abattu le 2 octobre 1969 dans un restaurant de la ville de Québec appelé «L'Oasis». L'issue du pourvoi et la tenue d'un nouveau procès dépendent de l'effet qu'a pu avoir l'extrait suivant des directives du juge au jury:

Après votre assermentation comme jurés, je vous ai indiqué que, dans notre droit criminel, l'accusé qui est devant la cour est présumé innocent. Non seulement la Couronne a-t-elle l'obligation de prouver la culpabilité de cet accusé hors de tout doute raisonnable, mais l'accusé, lui, n'a pas à établir son innocence il n'a pas non plus l'obligation d'offrir son témoignage pour sa défense. Ici, comme dans ce cas-ci, l'accusé n'a pas témoigné. Vous ne pouvez pas tirer de ce fait aucune conclusion défavorable à l'accusé.

Le paragraphe (1) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, porte que toute personne accusée d'infraction est habile à rendre témoignage pour la défense. Le paragraphe (5) du même article porte que l'abstention de la personne accusée de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat de la poursuite. La raison d'être de ce dernier paragraphe est très claire. L'accusé bénéficie d'une présomption d'innocence et le fardeau de la preuve de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable

ning to the end of the trial. The jury is so instructed in every jury trial involving a criminal charge. Comment upon the failure of the accused to testify might tend to defeat these jural safeguards. As Mr. Justice Ritchie said in *McConnell and Beer v. The Queen*²:

I think it is to be assumed that the section in question was enacted for the protection of accused persons against the danger of having their right not to testify presented to the jury in such fashion as to suggest that their silence is being used as a cloak for their guilt.

In *McConnell and Beer v. The Queen* the trial judge, in recharging the jury, said:

Gentlemen of the Jury, it was pointed out that in the course of my charge to you I stated that you did not have to accept the explanations of the accused because those explanations were not made under oath. You are not to take it from that that there is any onus upon the accused to prove their innocence by going into the witness box and testifying in their defence. There is no such onus on these or any accused persons in any criminal trial of proving their innocence by going into the witness box and testifying in their own defence. You are not to be influenced in your decision by either of the accused not going into the witness box and testifying, but the Court does point out that these explanations were given and when made were not made under oath and it is not only for that reason alone but for any other number of reasons that may occur to you, to decide if you will accept these explanations.

Mr. Justice Ritchie quoted with approval a passage from the reasons of Mr. Justice Evans in the Court of Appeal, of which the following forms part:

To hold that an accidental slip or an innocuous statement indicating the failure of the accused to testify must *ipso facto* result in a reversible error does violence to the intent and meaning of the Statute.

I am of the opinion that the impugned statement must be considered solely in the light of possible prejudice to the accused.

This Court in *McConnell and Beer* held that the remarks of the trial judge viewed in context and on a reasonable interpretation did not amount to a

² [1968] S.C.R. 802.

incombe à la poursuite du début à la fin du procès. Des directives à cet effet sont données au jury dans chaque procès criminel devant jury. Des commentaires sur l'abstention de l'accusé de témoigner pourraient mettre en péril ces garanties légales. Comme l'a dit M. le juge Ritchie dans *McConnell et Beer c. La Reine*²:

[TRADUCTION] Il faut prendre pour acquis, à mon avis, que le but de cet article est de protéger les accusés contre le danger d'avoir leur droit de ne pas témoigner présenté au jury de manière à suggérer que leur silence est utilisé pour masquer leur culpabilité.

Dans *McConnell et Beer c. La Reine*, le juge du procès, en donnant de nouvelles directives au jury, a déclaré:

[TRADUCTION] Messieurs les jurés, on a signalé qu'au cours de mon exposé je vous ai dit que vous n'étiez pas tenus d'accepter les explications des accusés parce qu'elles n'avaient pas été données sous serment. Vous ne devez pas en déduire que les accusés ont, de quelque façon que ce soit, le fardeau de prouver leur innocence en venant témoigner en défense. Ni les accusés ici ni aucun autre accusé dans une affaire criminelle n'ont ce fardeau de prouver leur innocence en venant témoigner en défense. L'abstention de l'un ou l'autre des accusés de venir témoigner ne doit pas influencer sur votre décision; cependant, la Cour tient à signaler que ces explications ont été données et que lorsqu'elles ont été données, elles ne l'ont pas été sous serment, et que ce n'est pas seulement pour cette raison-là mais pour toutes les autres qui pourront vous venir à l'esprit que vous devez décider d'accepter ou non les explications en question.

M. le juge Ritchie a cité en l'approuvant un extrait des motifs de M. le juge Evans en Cour d'appel, portant notamment que:

[TRADUCTION] Décider qu'il suffit d'une mention accidentelle ou anodine de l'abstention de l'accusé de témoigner pour constituer *ipso facto* une erreur suffisant à justifier la cassation d'un jugement, c'est faire violence à l'intention et au sens de la Loi.

Je suis d'avis qu'il faut examiner la déclaration attaquée uniquement à la lumière du préjudice qu'elle a pu causer à l'accusé.

Dans l'arrêt *McConnell et Beer*, cette Cour a statué que les observations du juge du procès, examinées dans leur contexte et interprétées de

² [1968] R.C.S. 802.

comment in breach of the section. The language of the trial judge was taken to be "not so much a 'comment' on the failure of the persons charged to testify as a statement of their right to refrain from doing so."

McConnell and Beer, supra, was followed in *Avon v. The Queen*³, in which a majority of this Court held that the following passages from the jury charge did not offend s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*:

The accused did not testify. Evidently, he could have done so. He is not obliged to do so. I must tell you immediately, because it is better to say it, it is not because the accused did not testify that you should believe that he could be guilty. His absence from the witness box, the fact that he did not testify and did not call any witnesses, has nothing to do with the trial. Because you will have to come to your decision only on the well-established principle that the Crown must prove and establish the guilt of the accused.

Actually, you have merely the Crown's evidence. The defense (*sic*) did not call witnesses, and the accused did not testify: he did not have to. It is up to the Crown to prove its case.

In both of the cases mentioned, one might be forgiven for concluding that the directions to the jury bore some semblance of comment by the judge upon the failure of the accused to testify, but the majority of the Court had regard to the spirit animating the legislation rather than the cold letter of the law and sustained the convictions.

The present case is not one in which the accused seeks to impugn the judge's charge on the ground that the latter commented upon the failure of the accused to testify. That is the situation which usually comes before the courts. Although s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* was enacted, as I have said, to protect the rights of the accused, in the present case the complaint originates with the Crown. The Crown's complaint, of course, does not stem directly from s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*. It is founded on the judge's observation, which followed his comment on the failure of

³ [1971] S.C.R. 650.

façon raisonnable, ne constituaient pas un commentaire qui violerait l'article en question. On a jugé que les termes employés par le juge du procès ne sont pas [TRADUCTION] «tant un «commentaire» sur l'abstention des accusés de rendre témoignage qu'un énoncé de leur droit de s'en abstenir».

L'arrêt *McConnell et Beer, précité*, a été suivi dans l'arrêt *Avon c. La Reine*³, où cette Cour, à la majorité, a statué que les extraits suivants des directives données au jury ne contreviennent pas au par. (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*:

L'accusé n'a pas témoigné. Évidemment, il aurait pu le faire. Il n'est pas obligé de le faire. Je dois vous dire tout de suite, parce que c'est mieux de le dire, ce n'est pas parce que l'accusé n'a pas témoigné que vous devez croire qu'il pourrait être coupable. Son absence dans la boîte des témoins, le fait qu'il n'a pas témoigné et qu'il n'a pas fait témoigner qui que ce soit, cela n'a rien à voir avec le procès. Parce que vous aurez à décider que sur le principe bien établi que la Couronne doit prouver et établir la culpabilité de l'accusé.

Actuellement, vous avez simplement la preuve de la Couronne. La défense n'a pas fait entendre de témoins et l'accusé n'a pas témoigné; il n'était pas obligé. C'est à la Couronne à faire la preuve.

Dans les deux arrêts susmentionnés, on pourrait être porté à croire que les directives au jury ressemblent à un commentaire du juge sur l'abstention de l'accusé de témoigner, mais la majorité de la Cour s'est attachée à l'esprit de la Loi et non au pied de la lettre et a confirmé les condamnations.

Il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire où l'accusé cherche à faire déclarer invalides les directives du juge au motif que ce dernier a fait des commentaires sur son abstention de témoigner, ce qui est le cas le plus fréquemment soulevé devant les tribunaux. Le paragraphe (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* a été promulgué, comme je l'ai dit, pour protéger les droits de l'accusé, mais en l'espèce, c'est le ministère public qui interjeta l'appel. Celui-ci, bien sûr, ne découle pas directement du par. (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il est fondé sur l'observation

³ [1971] R.C.S. 650.

the accused to testify, to the effect that the jury could not draw any unfavourable conclusion from failure of the accused to testify.

The judge may well have erred when he drew the jury's attention to the failure of the accused to enter the witness box but we do not have to decide that issue. If there was error, it was error prejudicial to the accused. I think also that there may have been error in telling the jury they could not draw an unfavourable inference from failure to testify: *Corbett v. The Queen*⁴, at p. 280; *R. v. Steinberg*⁵. This error was prejudicial to the Crown but in my opinion it is not, for the reasons which follow, such as to warrant a new trial.

I do not think that the impugned sentence was anything more than an accidental slip, made while the judge was charging upon the presumption of innocence and onus of proof. The words to which objection is taken, save for the short comment on failure to testify, follow immediately upon a correct statement of the law, that the accused does not have to establish his innocence and that he was under no obligation to testify on his own behalf. The final sentence of the paragraph is unfortunate, but I have no doubt it was added by the judge merely to emphasize and underscore his earlier remarks on presumption of innocence and burden of proof.

Not every error by a trial judge is fatal, in the sense of requiring a new trial. An accused appealing reversal of an acquittal does not have the benefit of a curative section such as s. 613(1)(b)(iii), but it is nonetheless clear that in order for a new trial to be ordered the Crown must satisfy the Court with a substantial degree of certainty that the jury would necessarily have convicted the accused in the absence of the offending words. As Kerwin J., as he then was, said in

⁴ [1975] 2 S.C.R. 275.

⁵ [1931] O.R. 222.

qu'a faite le juge, après son commentaire sur l'abstention de l'accusé de témoigner, et selon laquelle le jury ne pouvait tirer aucune conclusion défavorable à l'accusé de l'abstention de celui-ci de témoigner.

Il se peut bien que le juge ait commis une erreur en attirant l'attention du jury sur l'abstention de l'accusé de se présenter à la barre des témoins, mais nous n'avons pas à trancher cette question. S'il y a eu erreur, elle a été préjudiciable à l'accusé. Je suis en outre d'avis que le juge a peut-être commis une erreur en disant au jury qu'il ne pouvait tirer aucune conclusion défavorable à l'accusé de son abstention de témoigner: *Corbett c. La Reine*⁴, à la p. 280; *R. v. Steinberg*⁵. Cette erreur était préjudiciable au ministère public mais, à mon avis, elle ne suffit pas, pour les raisons que je vais maintenant exposer, à justifier un nouveau procès.

Je ne pense pas que la phrase attaquée soit plus qu'un lapsus accidentel du juge dans ses directives sur la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve. Si l'on fait abstraction du court commentaire sur l'abstention de témoigner, les mots attaqués suivent immédiatement un énoncé correct du droit portant que l'accusé n'a pas à établir son innocence et qu'il n'a pas non plus l'obligation d'offrir son témoignage pour sa défense. La dernière phrase du paragraphe est regrettable, mais il ne me paraît pas faire de doute que le juge l'a ajoutée seulement pour donner plus de force à ses observations précédentes sur la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve.

Une erreur commise par le juge du procès n'est pas nécessairement fatale, au sens qu'elle entraînerait automatiquement un nouveau procès. L'accusé qui interjette appel de l'annulation d'un acquittement ne peut invoquer le bénéfice d'une disposition de redressement telle que le sous-al. (iii) de l'al. b) du par. (1) de l'art. 613, mais il est néanmoins certain que pour qu'un nouveau procès soit ordonné, le ministère public doit convaincre la cour que le jury aurait très probablement déclaré

⁴ [1975] 2 R.C.S. 275.

⁵ [1931] O.R. 222.

*Cullen v. The Queen*⁶, at p. 665:

...the onus is on the Crown to satisfy the Court that the verdict would not necessarily have been the same if there had been no error in law in the trial judge's charge.

For myself, I do not feel any such certainty. As a majority of the Court hold the view that there must be a new trial in this case, I will refrain from commenting upon the evidence beyond that which is necessary in order to elucidate the points I wish to make.

The accused offered an alibi, and it may be that the words of the charge upon which the Crown rely in asking for a new trial gave rise among the members of the jury to the impression that they could not take into account, when assessing the alibi, the failure of the accused to testify. If the case turned only on alibi or if the evidence of identification had been strong and positive, I would dismiss this appeal, but neither obtains. Alibi was not the only defence. Primarily the case for the accused rested upon the fallibility and frailty of the evidence of identification. Three witnesses gave identification evidence during the trial—Miss Ghislaine Gosselin and M. Marcel Robitaille, for the Crown, and Mrs. Jean-Claude Couture for the defence. Gosselin and Robitaille were customers of the restaurant. Both had been drinking in the restaurant prior to the shooting. Couture was the waitress who let the murderer into the restaurant after closing hours.

In evaluating the identification evidence, it is important to take cognizance of the lighting conditions in the restaurant and the opportunities for observation. After 2:00 a.m. when the restaurant closed, it was the practice to close the drapes, extinguish all lights except for a blue light and the light from the cigarette machine, and to rely on

l'accusé coupable si les mots attaqués n'avaient pas été prononcés. Comme l'a dit le juge en chef Kerwin, qui était alors juge puîné, dans *Cullen c. La Reine*⁶, à la page 665:

[TRADUCTION] ... c'est au ministère public qu'il incombe de convaincre la cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même s'il n'y avait pas eu d'erreur de droit dans les directives du juge du procès.

Pour ma part, je ne crois pas que ce degré de certitude existe en l'espèce. Comme la majorité de la Cour est d'avis qu'il doit y avoir un nouveau procès en l'espèce, je m'abstiendrai de faire des commentaires sur la preuve, sauf pour ce qui est nécessaire à l'élucidation des points que je veux établir.

L'accusé a fourni un alibi, et il se peut que la formulation des directives du juge, sur laquelle se fonde le ministère public pour demander un nouveau procès, ait donné aux membres du jury l'impression qu'ils ne pouvaient tenir compte, pour établir la valeur de l'alibi, de l'abstention de l'accusé de témoigner. Si l'issue de la présente affaire dépendait seulement de l'alibi ou si la preuve afférente à l'identification avait été forte et positive, je rejetterais ce pourvoi, mais ce n'est pas le cas. L'alibi n'était pas la seule défense. La défense de l'accusé reposait essentiellement sur la faiblesse de la preuve afférente à l'identification et, par conséquent, le danger d'erreur. Pendant le procès, trois témoins ont donné des éléments de preuve sur l'identification—M^{lle} Ghislaine Gosselin et M. Marcel Robitaille, pour le ministère public, et M^{me} Jean-Claude Couture, pour la défense. Le soir du crime, Gosselin et Robitaille étaient clients du restaurant et avaient pris des consommations, lorsque les coups de feu ont été tirés. Couture est la serveuse qui a laissé entrer le meurtrier après l'heure de fermeture.

Pour évaluer la preuve relative à l'identification, il est important de se faire une idée précise de l'éclairage du restaurant et de la possibilité d'y observer les gens. Après 2h, l'heure de fermeture, on avait coutume de fermer les rideaux, d'éteindre toutes les lumières sauf une lumière bleue et la lumière de la distributrice de cigarettes, et d'utili-

⁶ [1949] S.C.R. 658.

⁶ [1949] R.C.S. 658.

fluorescent light coming from the kitchen at the back of the restaurant. Thus there was a fairly sombre atmosphere interfering with vision, even though the restaurant was small. There was also some grill-work in the restaurant which, it was argued, served also to obscure the view. Miss Gosselin could not identify the murderer full-face, as she had only seen him in profile. She noted that he was about six feet tall, 185-200 lbs., well-built. The only identifying characteristic which she noted was a crease or hollow on the right side of his face near the eye. Gosselin picked Vézeau out of a line-up on January 2, 1970 (the murder occurred October 2, 1969) and identified him in court.

Robitaille had a greater opportunity to view the murderer than Gosselin, as he was confronted by the murderer at a distance of one and one-half feet. He said that he did not recognize the person from this confrontation as he was too nervous, Huard just having been wounded. He recognized the murderer from earlier observation when the latter was seated in the restaurant. He described the murderer as about six feet one inch and well-built. The only identifying characteristic which he pointed out was sideburns. He picked Vézeau out of a police line-up on January 2, 1970 and again in court. Robitaille's evidence is contradictory in places, and this fact becomes disturbing in relation to the question of whether the police showed him any photographs prior to the line-up. At trial he said that he saw fifteen photos in November, yet at the preliminary inquiry he said that he saw no photos of Vézeau in November. Whether he was telling the truth or just confused by the questions addressed at trial and at the preliminary inquiry were questions for the jury to determine.

Mrs. Couture, though summoned by the Crown, testified as a defence witness. She described the murderer, whom she let in the door, as six feet tall, 165-175 lbs. (180-190 lbs. at the time of her statement to the police) with dark hair. She did

ser pour seul éclairage la lumière fluorescente venant de la cuisine, située à l'arrière du restaurant. Il faisait donc assez sombre et l'on n'y voyait pas très bien, même si le restaurant est petit. Il y avait aussi des grilles qui, a-t-on prétendu, nuisaient à la vue. M^{lle} Gosselin n'a pas pu identifier le meurtrier de face, car elle ne l'avait vu que de profil. Elle a remarqué qu'il mesurait environ six pieds, pesait environ 185 à 200 livres et était bien bâti. Le seul trait distinctif qu'elle a noté est un pli ou une dépression au côté droit de son visage, près de l'œil. Confrontée avec un groupe de personnes aux fins d'identification, le 2 janvier 1970 (le meurtre avait eu lieu le 2 octobre 1969), M^{lle} Gosselin a choisi Vézeau et elle l'a reconnu devant le tribunal.

Robitaille était mieux placé que M^{lle} Gosselin pour voir le meurtrier, car il s'est trouvé face à face avec lui à un pied et demi de distance. Il a toutefois précisé que ce n'est pas ce qu'il a vu à cet instant qui lui a permis de reconnaître le meurtrier, car il était alors trop nerveux, Huard venant juste d'être blessé. Il a reconnu le meurtrier parce qu'il l'avait observé plus tôt lorsque celui-ci était assis à une table au restaurant. Il a décrit le meurtrier comme étant un homme bien bâti d'environ six pieds un pouce. Les favoris du meurtrier sont le seul trait distinctif que Robitaille a signalé. Le 2 janvier 1970, Robitaille a reconnu Vézeau parmi plusieurs personnes, au cours d'une confrontation aux fins d'identification, et à nouveau devant le tribunal. La preuve de Robitaille est contradictoire en certains endroits, ce qui est inquiétant si l'on ajoute à cela la possibilité que la police lui ait montré des photographies avant cette confrontation. Au procès, il a déclaré avoir vu quinze photos en novembre, alors qu'à l'enquête préliminaire il avait déclaré n'avoir pas vu de photo de Vézeau en novembre. Il incombait au jury de décider si Robitaille mentait ou s'il était simplement dérouteré par les questions posées au procès et à l'enquête préliminaire.

Citée à comparaître par le ministère public, M^{me} Couture a cependant témoigné comme témoin de la défense. Selon la description qu'elle en a fait, le meurtrier, qu'elle a laissé entrer dans le restaurant, mesurait 6 pieds, pesait entre 165 et 175 livres

not recognize the person in the police line-up, although she said two men resembled the murderer. Vézeau was not one of those men. She said at trial that she did not recognize him. She was in an equal or better position than Gosselin and Robitaille to observe the alleged offender.

There is no evidence which links Vézeau to the murder other than that of Gosselin and Robitaille. We have no evidence of motive or any connection between Huard and Vézeau.

The defence led the evidence of Paul Mouffe, manager of a Montreal club, who said that Vézeau was with him on the night of the murder and thus provided an alibi.

The alibi was a secondary defence. Ten pages of the charge were devoted to identification evidence, two pages to the alibi. The primary strategy of the defence was to challenge the identification of Vézeau. This is apparent from the lengthy cross-examination of Gosselin and Robitaille and the examination-in-chief of Couture. It is not surprising that the jury entertained a reasonable doubt as to Vézeau's guilt, for it would have been dangerous to convict on the evidence at trial. The apprehension surrounding uncritical reliance upon identification evidence was adumbrated in *R. v. Spatola*⁷.

A jury charge should not be anatomized, cut in pieces and examined part by part, as though it were a plant or animal in a laboratory experiment. The charge must be read as whole, together with all of the evidence at trial. No one could take exception to the conduct of the trial by Mr. Justice Crête. The jury charge, apart from the words assailed, was not open to challenge. At the conclusion of the charge, the judge asked counsel for their observations. Crown counsel did not take any objection. This case was almost entirely one of fact, dependent upon identification. The narrow point of law raised by the Crown is to be found in

⁷ (1970), 10 C.R.N.S. 143.

(dans sa déclaration à la police, elle avait dit de 180 à 190 livres) et avait les cheveux foncés. Elle n'a pas reconnu le meurtrier au moment de la confrontation aux fins d'identification, où elle a désigné deux hommes qui, d'après elle, ressemblaient au meurtrier. Dans les deux cas, ce n'était pas Vézeau. Elle a dit au procès ne pas le reconnaître. Elle était aussi bien et peut-être mieux placée que M^{lle} Gosselin et Robitaille pour observer l'auteur du crime.

Rien dans la preuve ne lie Vézeau au meurtre, si ce n'est le témoignage de M^{lle} Gosselin et de Robitaille. Rien dans la preuve n'indique quel a été le mobile du crime ni qu'il y ait eu un lien entre Huard et Vézeau.

La défense a présenté en preuve le témoignage de Paul Mouffe, gérant d'une boîte de nuit de Montréal, qui a déclaré avoir été avec Vézeau la nuit du meurtre et a ainsi fourni un alibi.

L'alibi est une défense accessoire. Dix pages des directives sont consacrées à la preuve portant sur l'identification, deux pages à l'alibi. La défense a concentré son attaque sur l'identification, de Vézeau, comme l'indiquent le long contre-interrogatoire de Gosselin et de Robitaille et l'interrogatoire principal de Couture. Il n'est pas surprenant que le jury ait eu un doute raisonnable sur la culpabilité de Vézeau, car il aurait été dangereux de le déclarer coupable sur la preuve présentée au procès. Le danger de se fier d'emblée à l'identification de l'accusé par un témoin a été signalé dans *R. v. Spatola*⁷.

Il n'y a pas lieu de disséquer les directives au jury et d'en examiner chaque élément comme s'il s'agissait d'une plante ou d'un animal dans une expérience de laboratoire. Il faut les examiner dans leur ensemble avec toute la preuve présentée au procès. Personne ne peut trouver à redire sur la façon dont M. le juge Crête a mené le procès. Les directives données au jury, sauf les termes attaqués, ne donnent prise à aucune contestation. Après avoir donné ces directives, le juge a demandé aux avocats de faire leurs observations. L'avocat du ministère public n'a fait aucune objection. Cette affaire dépend presque exclusivement

⁷ (1970), 10 C.R.N.S. 143.

one short sentence buried in a charge extending through twenty-eight pages of transcript.

In my view, a properly instructed jury could readily have come to a conclusion other than that of guilt of the accused. The accused has stood one trial. Except in a clear case, that should end the matter. I am not satisfied that the jury would not have come to the same verdict if the language complained of had never been spoken.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and reinstate the jury verdict of acquittal.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz and de Grandpré was delivered by

MARTLAND J.—The appellant, who was charged with non-capital murder, was tried before a judge and jury, and was acquitted. The respondent appealed to the Court of Appeal of Quebec on various alleged questions of law. The appeal was allowed on the ground that the trial judge had erred in law in the instruction to the jury in the last sentence of the following passage in his charge:

[TRANSLATION] After you were sworn in as jurors, I pointed out to you that in our criminal law, the accused before the Court is presumed to be innocent. Not only must the Crown prove the accused guilty beyond all reasonable doubt, but the accused himself does not have to establish his innocence. Neither is he required to testify in his own defence. In this case the accused did not testify. You may not draw from this fact any conclusion unfavourable to the accused.

A new trial was directed. The appellant appeals from this judgment pursuant to s. 618(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. 34, which provides that a person acquitted of an indictable offence whose acquittal is set aside by the Court of Appeal may appeal to this Court on a question of law.

The case for the Crown was that Roland Huard, who had been seated in a restaurant in the City of

de questions de faits, notamment la question de l'identification. C'est une courte phrase perdue dans les vingt-huit pages de transcription des directives qui a donné naissance à la question de droit limitée soulevée par le ministère public.

A mon avis, un jury à qui le juge aurait donné des directives appropriées aurait bien pu ne pas conclure à la culpabilité de l'accusé. Celui-ci a subi un procès et, sauf dans un cas évident, l'affaire doit s'arrêter là. Je ne suis pas convaincu que le jury ne serait pas arrivé au même verdict si les mots attaqués n'avaient jamais été prononcés.

Je suis d'avis de faire droit au pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel et de rétablir le verdict d'acquiescement prononcé par le jury.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'appelant, qui était accusé de meurtre non qualifié, a subi son procès devant un juge et un jury et il a été acquitté. L'intimée a interjeté appel devant la Cour d'appel du Québec sur diverses questions de droit. Il a été fait droit à l'appel au motif que le juge du procès avait commis une erreur de droit en donnant ses directives au jury, notamment dans la dernière phrase du passage suivant:

Après votre assermentation comme jurés, je vous ai indiqué que dans notre droit criminel, l'accusé qui est devant la Cour est présumé innocent. Non seulement la Couronne a-t-elle l'obligation de prouver la culpabilité de cet accusé hors de tout doute raisonnable, mais l'accusé, lui, n'a pas à établir son innocence. Il n'a pas non plus l'obligation d'offrir son témoignage pour sa défense. Ici,—comme dans ce cas-ci,—l'accusé n'a pas témoigné. Vous ne pouvez pas tirer de ce fait aucune conclusion défavorable à l'accusé.

On a ordonné un nouveau procès. L'appelant se pourvoit contre cet arrêt en conformité du par. (2) de l'art. 618 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. 34, selon lequel une personne qui est déchargée de l'accusation d'un acte criminel et dont l'acquiescement est annulé par la Cour d'appel peut interjeter appel devant cette Cour sur une question de droit.

Selon l'accusation, Roland Huard, assis à une table d'un restaurant de la ville de Québec, a été

Quebec, was shot by the appellant, on or about October 2, 1969. Two witnesses were called to identify the appellant as being the person who had killed Huard. The appellant did not give evidence at his trial. The defence called a witness who had been in the restaurant at the time of the killing to testify that the assailant was not the appellant. Another witness was called to establish an alibi, who testified that the appellant had been with him in Montreal during part of the evening when the murder occurred, and that he could not have been Huard's assailant.

Chief Justice Tremblay, who delivered the reasons of the Court, said, after citing the above-mentioned passage from the charge to the jury:

[TRANSLATION] It is possible that this comment contravenes s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* (R.S.C. 1952, c. 307). I do not have to come to a decision on this point, since it seems to me that this clearly constitutes an error of law, an improper direction to the jury, who had just been told "The law requires you to obey the judge's directions on the law."

Clearly, the jury has the right to take into account the accused's failure to testify and to draw any logical conclusion.

In *R. v. Steinberg* (1931 O. R. 222), decided by the Ontario Court of Appeal, Magee J., speaking of the probatory force of evidence offered by defence to substantiate his alibi said (at p. 227):

"The accused did not offer his own evidence, and the jury no doubt had that in mind as well as the bearing of his witnesses."

In the same case, Hodgins J. (p. 230):

"It must not be forgotten that the alibi set up was not verified by the oath of the accused. While it must not be mentioned to the jury that the accused has omitted to testify, it is patent to both Judge and jury that under those circumstances the alibi has a hollow sound."

Finally Middleton J. (p. 236):

"No comment may be made upon this to the jury, but the law does not forbid jurors to use their intelligence and to consider the absence of denial or explanation."

The Supreme Court of Canada upheld this decision (1931 R.S.C. 421) and expressed no disapproval of the propositions of law cited above.

atteint par des coups de feu tirés par l'appellant, le 2 octobre 1969 ou vers cette date. On a cité deux témoins pour établir que l'appellant était bien la personne qui avait tué Huard. L'appellant n'a pas témoigné à son procès. La défense a cité un témoin qui se trouvait dans le restaurant au moment du meurtre. Ce témoin a déclaré que l'assaillant n'était pas l'appellant. Un autre témoin, cité pour établir un alibi, a déclaré que l'appellant avait passé une partie de la soirée en question avec lui à Montréal et qu'il ne pouvait pas être l'assaillant de Huard.

Après avoir cité le passage susmentionné des directives au jury, le juge en chef Tremblay, qui a prononcé les motifs de la Cour, a déclaré ce qui suit:

Il est possible que ce commentaire soit contraire au paragraphe (5) de l'article 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* (S.R.C., 1952, c. 307). Je n'ai pas à me prononcer sur ce point, puisqu'il me paraît clairement constituer une erreur de droit, une directive erronée donnée au jury qui venait d'être avisé que «La Loi exige que vous suiviez les directives de droit que le Juge vous donne.»

Il est clair que le jury a le droit de considérer l'abstention de l'accusé de témoigner et d'en tirer toute conclusion logique.

Dans une affaire de *Rex v. Steinberg* (1931 O.R. 222) décidée par la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Magee, en parlant de la force probante d'une preuve d'alibi offerte par la défense, disait (p. 227):

[TRADUCTION] «L'accusé n'a pas témoigné et le jury s'en est sans doute souvenu comme de l'attitude des témoins de la défense.»

Dans le même arrêt, le juge Hodgins (p. 230):

[TRADUCTION] «Il ne faut pas oublier que l'alibi n'a pas été confirmé sous serment par l'accusé. Il ne faut pas mentionner au jury le fait que l'accusé s'est abstenu de témoigner, mais, dans ces circonstances, il est évident pour le juge comme pour le jury que l'alibi sonne faux.»

Enfin, le juge Middleton (p. 236):

[TRADUCTION] «On ne doit pas faire au jury de commentaires sur cette question, mais la Loi n'interdit pas aux jurés de faire preuve d'intelligence et de tenir compte de l'absence de démenti ou d'explication.»

La Cour Suprême du Canada confirma cet arrêt (1931, S.C.R. 421) et n'exprime aucune désapprobation quant aux propositions de droit citées plus haut.

He also referred to a passage from the reasons for judgment of Middleton J.A. in *R. v. Comba*⁸, at p. 226, and a passage from the reasons for judgment of Rinfret J. in *Coffin v. R.*⁹, at p. 355.

Reference should also be made to the view expressed by Pigeon J., who delivered the reasons of the majority, in *Corbett v. R.*¹⁰, at p. 280:

Section 4.5 of the *Canada Evidence Act* provides that the failure of a person charged "shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution", it does not prevent the jury from taking the fact into account without being told. No one can reasonably think that a jury will fail, in reaching a verdict, to take into account the failure of the accused to testify, specially in a case like this. This being so, it is a fact properly to be considered by the Court of Appeal when dealing with the question: "Is this a reasonable verdict?"

Section 4(5) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, to which Tremblay C.J. and Pigeon J. refer, provides that:

The failure of the person charged, or of the wife or husband of such person, to testify, shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution.

Tremblay C.J. makes it clear that he was not founding his judgment upon any breach of that provision by the trial judge in his charge. His point is that the subsection does not require or authorize a trial judge to tell a jury that they cannot draw their own conclusions from the fact that the accused has not given evidence. In his opinion, with which I agree, it is open to a jury to draw an inference from the failure of the accused to testify, and, particularly, in a case in which it is sought to establish an alibi.

Counsel for the appellant contended that there was no question of law which warranted the appeal by the respondent to the Court of Appeal, suggesting that the only issue at trial was one of fact as to the identification of the appellant as being the person who committed the murder. After analy-

Il a aussi renvoyé à un extrait des motifs de jugement du juge Middleton dans *R. v. Comba*⁸, à la p. 226, et à un passage des motifs de jugement du juge Rinfret dans *Coffin v. R.*⁹, à la p. 355.

Il convient aussi de renvoyer à l'avis exprimé par le juge Pigeon, qui a rédigé les motifs de la majorité, dans *Corbett c. R.*¹⁰, à la p. 280:

L'article 4.5 de la *Loi sur la preuve au Canada* porte que l'abstention d'une personne accusée «ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou l'avocat de la poursuite», il n'empêche pas le jury de tenir compte du fait sans qu'on le lui demande. Nul ne peut raisonnablement penser qu'un jury manquera, en rendant un verdict, de tenir compte de l'abstention de l'accusé de témoigner, spécialement dans un cas comme celui-ci. Cela étant, il s'agit d'un fait que la Cour d'appel considère à bon droit lorsqu'elle répond à la question: «Est-ce là un verdict raisonnable?»

Le paragraphe (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, auquel renvoient le juge en chef Tremblay et le juge Pigeon, prévoit que:

L'abstention de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat de la poursuite.

Le juge en chef Tremblay laisse clairement entendre qu'il ne fonde pas son jugement sur le fait que le juge du procès, dans ses directives, aurait violé cette disposition. Ce qu'il dit, c'est que le paragraphe n'a pas pour effet d'obliger ni d'autoriser le juge du procès à dire aux jurés qu'ils ne peuvent tirer leurs propres conclusions du fait que l'accusé n'a pas témoigné. A son avis, auquel je souscris, il est loisible aux jurés de tirer une conclusion de l'abstention de l'accusé de témoigner, notamment dans un cas où l'on cherche à établir un alibi.

L'avocat de l'appellant a soutenu qu'il n'y avait pas en l'espèce de question de droit sur laquelle l'intimée pouvait interjeter appel devant la Cour d'appel. Selon lui, la seule question soulevée au procès en était une de fait, à savoir l'identification de l'appellant comme étant la personne qui a

⁸ (1938), 70 C.C.C. 205.

⁹ (1955), 21 C.R. 333.

¹⁰ [1975] 2 S.C.R. 275.

⁸ (1938), 70 C.C.C. 205.

⁹ (1955), 21 C.R. 333.

¹⁰ [1975] 2 R.C.S. 275.

sing the evidence, he submitted that the verdict of the jury was correct.

The point is, however, that the decision of the jury was made in the light of an express direction that they must not, in reaching a decision, draw any unfavourable conclusion from the fact that the appellant had not given evidence. As I have indicated, in my opinion this direction was wrong in law, and warranted the appeal made by the respondent to the Court of Appeal.

Counsel for the appellant referred us to two judgments of this Court in *McConnell and Beer v. R.*¹¹, and *Avon v. R.*¹².

In each of these cases it was contended by the accused that there had been a breach of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* in the judge's charge to the jury. In the former case the judge had said:

Gentlemen of the Jury, it was pointed out that in the course of my charge to you I stated that you did not have to accept the explanations of the accused because those explanations were not made under oath. You are not to take it from that that there is any onus upon the accused to prove their innocence by going into the witness box and testifying in their defence. There is no such onus on these or any accused persons in any criminal trial of proving their innocence by going into the witness box and testifying in their own defence. You are not to be influenced in your decision by either of the accused not going into the witness box and testifying, but the Court does point out that these explanations were given and when made were not made under oath and it is not only for that reason alone but for any other number of reasons that may occur to you, to decide if you will accept these explanations.

It was held by the majority in that case that the language used by the trial judge was not so much a "comment" on the failure of the accused to testify as a statement of their right to refrain from doing so, and it should not be taken to have been the intention of Parliament in enacting s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* to preclude judges from explaining to juries the law with respect to the rights of accused persons in this regard.

commis le meurtre. Après avoir analysé la preuve, il a conclu que le jury avait rendu le bon verdict.

Il n'en reste pas moins que le jury est arrivé à ce verdict après avoir reçu une directive expresse de ne pas tirer, dans ses délibérations, de conclusion défavorable du fait que l'appellant n'avait pas témoigné. Comme je l'ai indiqué, cette directive constitue, à mon avis, une erreur de droit et justifie l'appel interjeté par l'intimée devant la Cour d'appel.

L'avocat de l'appellant nous a renvoyés à deux arrêts de cette Cour, soit *McConnell et Beer c. R.*¹¹, et *Avon c. R.*¹².

Dans chacune de ces affaires, l'accusé prétendait que le juge, dans ses directives au jury, avait violé les dispositions du par. (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans la première de ces deux affaires, le juge avait déclaré:

[TRADUCTION] Messieurs les jurés, on a signalé qu'au cours de mon exposé je vous ai dit que vous n'étiez pas tenus d'accepter les explications des accusés parce qu'elles n'avaient pas été données sous serment. Vous ne devez pas en déduire que les accusés ont, de quelque façon que ce soit, le fardeau de prouver leur innocence en venant témoigner en défense. Ni les accusés ici ni aucun autre accusé dans une affaire criminelle n'ont ce fardeau de prouver leur innocence en venant témoigner en défense. L'abstention de l'un ou l'autre des accusés de venir témoigner ne doit pas influencer sur votre décision; cependant, la Cour tient à signaler que ces explications ont été données et que lorsqu'elles ont été données, elles ne l'ont pas été sous serment, et que ce n'est pas seulement pour cette raison-là mais pour toutes les autres qui pourront vous venir à l'esprit que vous devez décider d'accepter ou non les explications en question.

Dans cette affaire, la majorité a décidé que les termes dans lesquels le juge de première instance s'était exprimé n'étaient pas tant «un commentaire» sur l'abstention des accusés de rendre témoignage qu'un énoncé de leur droit de s'en abstenir, et qu'on ne pouvait conclure qu'en édictant le par. (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, le Parlement avait l'intention d'empêcher les juges d'expliquer aux jurés les règles de droit quant aux droits des accusés sur ce point.

¹¹ [1968] S.C.R. 802.

¹² [1971] S.C.R. 650.

¹¹ [1968] R.C.S. 802.

¹² [1971] R.C.S. 650.

In the latter case the passage complained of was as follows:

[TRANSLATION] The accused did not testify. Evidently, he could have done so. He is not obliged to do so. I must tell you immediately, because it is better to say it, it is not because the accused did not testify that you should believe that he could be guilty. His absence from the witness box, the fact that he did not testify and did not call any witnesses, has nothing to do with the trial. Because you will have to come to your decision only on the well-established principle that the Crown must prove and establish the guilt of the accused.

Fauteux C.J., writing the reasons of the majority, said, at p. 654:

However, relying on the concise and accurate distinction made by Ritchie J. in *McConnell and Beer, supra*, I would say that the language used by Cousineau J. is a "statement" of an accused's right not to testify, rather than a "comment" on his failure to do so. In my opinion, the instructions complained of cannot be construed as prejudicial to the accused or such as to suggest to the jurors that his silence was used to cloak his guilt. On the contrary, by telling them, as stated above: "His absence from the witness box, the fact that he did not testify and did not call any witnesses, has nothing to do with the trial," the learned judge, in a manner favourable to the accused, set aside the acknowledged right of any judge of the fact—judge or jury—to consider whether the evidence produced by the prosecution is such that, in the absence of explanation or contradiction, it can validly justify a conviction.

In each of these cases the decision was that there had not been a breach of s. 4(5) in the charge to the jury. In each case it was also said that even if the comment had been in violation of s. 4(5) it was a proper case for the application of s. 592(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, now s. 613(1)(b)(iii). Counsel for the appellant contends that that paragraph should be applied in the present case.

Section 613(1) defines the powers of a court of appeal on the hearing of an appeal against a conviction. Paragraph (b)(iii) of that subsection empowers the court to dismiss the appeal from conviction notwithstanding that it is of the opinion that there has been a wrong decision of law in the trial court, if the court is of the opinion that no

Dans la seconde affaire, le passage attaqué est rédigé de la façon suivante:

L'accusé n'a pas témoigné. Évidemment, il aurait pu le faire. Il n'est pas obligé de le faire. Je dois vous dire tout de suite, parce que c'est mieux de le dire, ce n'est pas parce que l'accusé n'a pas témoigné que vous devez croire qu'il pourrait être coupable. Son absence dans la boîte des témoins, le fait qu'il n'a pas témoigné et qu'il n'a pas fait témoigner qui que ce soit, cela n'a rien à voir avec le procès. Parce que vous aurez à décider que sur le principe bien établi que la Couronne doit prouver et établir la culpabilité de l'accusé.

Le juge en chef Fauteux, qui a rédigé les motifs de la majorité, a déclaré, à la p. 654:

M'inspirant cependant de la juste et concise distinction faite par M. le juge Ritchie dans *McConnell et Beer, supra*, je dirais que le langage employé par M. le juge Cousineau est plutôt un «énoncé» du droit d'un prévenu de s'abstenir de témoigner qu'un «commentaire» sur son abstention de ce faire. A mon avis, les instructions reprochées ne sont pas susceptibles d'une interprétation préjudiciable à l'accusé ou aptes à suggérer aux jurés que son silence fut utilisé pour masquer sa culpabilité. Au contraire, en leur disant, comme ci-dessus relaté: «Son absence dans la boîte aux témoins, le fait qu'il n'a pas témoigné et qu'il n'a pas fait témoigner qui que ce soit, cela n'a rien à voir avec le procès», le savant juge écartait, de façon favorable à l'accusé, le droit qu'on reconnaît à tout juge du fait.—juge ou juré—de considérer si la preuve faite par la poursuite est telle qu'elle peut, en l'absence d'explication ou contradiction, valablement justifier une déclaration de culpabilité.

Dans chacune de ces affaires, il a été décidé que les directives n'avaient pas contrevenu au par. (5) de l'art. 4 et que, même si le commentaire avait enfreint ledit paragraphe, il s'agirait d'un cas d'application du sous-al. (iii) de l'al. b) du par. (1) de l'art. 592 du *Code criminel*, maintenant le sous-al. (iii) de l'al. b) du par. (1) de l'art. 613. L'avocat de l'appellant soutient que cet alinéa est applicable en l'espèce.

Le paragraphe (1) de l'art. 613 délimite les pouvoirs d'une cour d'appel lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité. Le sous-alinéa (iii) de l'al. b) de ce paragraphe investit la cour d'appel du pouvoir de rejeter l'appel, si elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit, bien qu'elle

substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

The powers of the court of appeal on an appeal from an acquittal are defined in s. 613(4) as follows:

(4) Where an appeal is from an acquittal the court of appeal may

- (a) dismiss the appeal; or
- (b) allow the appeal, set aside the verdict and
 - (i) enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or
 - (ii) order a new trial.

Subsection (4) does not contain any provision equivalent to s. 613(1)(b)(iii). The powers of the court under this subsection were considered by the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Paquette*¹³, at p. 162. After quoting subs. (4), the Court goes on to say:

It is to be observed that the term, "no substantial wrong or miscarriage of justice" is not incorporated in this subsection as it is in the situation of an appeal by an accused. However, in this case we think it appropriate to analogize the test, and we would hold that the Crown has satisfied us that it cannot be said that but for the misdirection the verdict of the jury would necessarily have been the same.

The test applied in that case to determine whether a verdict of acquittal should be set aside, where the Crown had established an error in law at the trial, is that which had been stated by Kerwin J., as he then was, in *White v. R.*¹⁴, at p. 276. It is true that at the time the *White* case was determined s. 1013(5) of the *Criminal Code* provided that the powers of a court of appeal on an appeal by the Crown should *mutatis mutandis* be similar, *inter alia*, to its powers under s. 1014(2), which enabled it to dismiss an appeal from a conviction, even though there were grounds which might have warranted a decision in favour of the appellant, if it was the opinion that no substantial

estime que la cour de première instance a rendu une décision erronée sur une question de droit.

Les pouvoirs de la cour d'appel dans un appel interjeté d'un acquittement sont définis au par. (4) de l'art. 613 de façon suivante:

(4) Quand un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut

- a) rejeter l'appel; ou
- b) admettre l'appel, écarter le verdict et
 - (i) consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, n'eût été l'erreur en droit, et prononcer une sentence justifiée en droit, ou
 - (ii) ordonner un nouveau procès.

Le paragraphe (4) ne contient aucune disposition qui soit l'équivalent du sous-al. (iii) de l'al. b) du par. (1) de l'art. 613. La Cour d'appel de l'Ontario a examiné les pouvoirs du tribunal en vertu de ce paragraphe dans *R. v. Paquette*¹³, à la p. 162. Après avoir cité le par. (4), la Cour déclare:

[TRADUCTION] Il y a lieu de signaler que l'expression «aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave» ne figure pas dans ce paragraphe alors qu'elle figure dans celui visant le cas d'un appel interjeté par un accusé. Cependant nous croyons qu'il y a lieu, en l'espèce, d'appliquer ce critère par voie d'analogie et nous statuons que le ministère public nous a convaincus qu'on ne peut dire qu'en l'absence de la directive erronée, le verdict du jury aurait nécessairement été le même.

Le critère appliqué dans cette affaire pour déterminer s'il y avait lieu d'écarter un verdict d'acquiescement, lorsque le ministère public avait établi qu'une erreur de droit avait été commise au procès, est celui qu'avait exposé le juge en chef Kerwin, alors juge puîné, dans *White c. R.*¹⁴, à la p. 276. Il est vrai qu'à l'époque de cette dernière affaire, le par. (5) de l'art. 1013 du *Code criminel* portait que les pouvoirs d'une cour d'appel, dans un appel interjeté par le ministère public, devaient être *mutatis mutandis* analogues, *inter alia*, à ses pouvoirs en vertu du par. (2) de l'art. 1014, qui lui permettaient de rejeter l'appel d'une déclaration de culpabilité, même s'il existait des motifs qui

¹³ (1975), 19 C.C.C. (2d) 154.

¹⁴ [1947] S.C.R. 268.

¹³ (1975), 19 C.C.C. (2d) 154.

¹⁴ [1947] R.C.S. 268.

wrong or miscarriage of justice had occurred. However, in the case of *R. v. Gauthier*¹⁵, Pigeon J., who delivered the reasons of the majority, applied the test defined in the *White* case. There was no dissent in respect of this point. In the present case, therefore, it was the duty of the Crown, in order to obtain a new trial, to satisfy the Court that the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had properly directed the jury.

In my opinion that test has been met by the Crown. It was part of the appellant's defence to the charge that he could not have committed the offence because he was in Montreal when the murder occurred. Proof of this alibi was tendered by a witness who claimed to have been with the appellant in Montreal. The direction of the trial judge precluded the jury, when considering this defence, from taking into consideration the fact that the appellant had failed to support his alibi by his own testimony. The failure of an accused person, who relies upon an alibi, to testify and thus to submit himself to cross-examination is a matter of importance in considering the validity of that defence. The jury, in this case, was instructed that they could not take that fact into account in reaching their verdict.

In the result, I agree with the judgment of the Court of Appeal and would dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Corriveau & Associates, Quebec.

Solicitor for the respondent: François Tremblay, Quebec.

¹⁵ [1977] 1 S.C.R. 441.

auraient pu justifier une décision en faveur de l'appelant, si la cour d'appel était d'avis qu'il ne s'était produit aucun tort réel ou déni de justice. Toutefois, dans l'affaire *R. c. Gauthier*¹⁵, le juge Pigeon, porte-parole des motifs de la majorité, a appliqué le critère défini dans l'arrêt *White*. Il n'y a pas eu de dissidence sur ce point. Dans la présente affaire, par conséquent, il incombait au ministère public, pour obtenir un nouveau procès, de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès avait correctement donné ses directives au jury.

A mon avis, c'est ce qu'a fait le ministère public. Dans sa défense, l'appelant soutenait notamment qu'il ne pouvait avoir commis l'infraction en question parce qu'il était à Montréal au moment du meurtre. Cet alibi a été corroboré par un témoin qui prétend avoir été en compagnie de l'appelant à Montréal. La directive du juge du procès se trouvait à interdire au jury, lorsque celui-ci examinait la valeur de cette défense, de tenir compte du fait que l'appelant n'était pas venu témoigner lui-même à l'appui de son alibi. Le fait qu'un accusé, qui invoque un alibi, s'abstienne de témoigner et de se soumettre ainsi à un contre-interrogatoire est une question importante pour déterminer la valeur de ce moyen de défense. En l'espèce, on a dit au jury qu'il ne pouvait tenir compte de ce fait dans ses délibérations.

En conséquence, je suis d'accord avec l'arrêt rendu par la Cour d'appel et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Corriveau & Associés, Québec.

Procureur de l'intimée: François Tremblay, Québec.

¹⁵ [1977] 1 R.C.S. 441.

Brian Leslie Beaucage *Appellant*;

and

Attorney General of Canada *Respondent*.

1976: June 15; 1977: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ONTARIO

Criminal law — Mandatory supervision — Suspension of mandatory supervision for subsequent offence — Concurrent sentence of 21 months imposed while serving eight years — Applicability of mandatory supervision — Effective date of sentence in relation date of operation of act — Parole Act, as amended by 1968-69 (Can.), c. 38, s.101(1),(2).

Appellant while serving an eight-year sentence for manslaughter imposed on February 6, 1969, was on November 29, 1971, sentenced to a term of twenty-one months, for assault causing grievous bodily harm, to run concurrently with the sentence already being served. He was on August 5, 1974, released subject to mandatory supervision. Following charges on a further offence for which he was arrested on October 9, 1974 his release was revoked and he was thereby deprived of 888 days of statutory and earned remission standing to his credit in respect of the 1969 sentence under provisions of the *Parole Act*. Appellant brought an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid contending that he could not be deprived lawfully of his credited remission under the *Parole Act* as, at the time of his release, he was not legally subject to mandatory supervision. The application succeeded at trial but was reversed by the Court of Appeal.

Held (Laskin C.J. and Dickson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: Section 15(1) of the *Parole Act* was in existence at the time of appellant's release prior to the expiration of his sentence. In the absence of some statutory provision to preclude its operation he was therefore subject to mandatory supervision. The combined effect of s. 101(2) of the *Criminal Law Amendment Act*,

Brian Leslie Beaucage *Appellant*;

et

Le Procureur Général du Canada *Intimé*.

1976: le 15 juin; 1977: le 25 janvier.

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

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

Droit criminel — Surveillance obligatoire — Suspension de la surveillance obligatoire pour infraction ultérieure — Condamnation à une peine de vingt et un mois à purger simultanément à la peine de huit ans — Applicabilité de la surveillance obligatoire — Date d'entrée en vigueur de la sentence par rapport à la date d'entrée en vigueur de la Loi — Loi sur la libération conditionnelle de détenus, mod. par 1968-69 (Can.), c. 38, par. 101(1),(2).

Alors qu'il purgeait une peine de huit ans d'emprisonnement imposée le 6 février 1969 pour homicide involontaire coupable, l'appelant a été condamné, le 29 novembre 1971, à purger simultanément une peine de vingt et un mois d'emprisonnement pour voies de fait ayant causé des lésions corporelles graves. Le 5 août 1974, l'appelant a été mis en liberté sous surveillance obligatoire. A la suite d'une accusation pour une infraction ultérieure pour laquelle il avait été arrêté le 9 octobre 1974, sa mise en liberté a été révoquée et, de ce fait, il a été privé de 888 jours de réduction de peine statutaire et méritée inscrite à son crédit relativement à la condamnation de 1969 en vertu de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*. L'appelant a déposé une demande visant à l'obtention d'un bref d'*habeas corpus* accompagné d'un *certiorari* auxiliaire, alléguant qu'on ne pouvait légalement lui retirer la réduction de peine créditée en vertu de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, vu, qu'à l'époque de sa mise en liberté, il n'était pas légalement assujéti à une surveillance obligatoire. La demande a été accueillie en première instance mais a été infirmée par la Cour d'appel.

Arrêt (Le juge en chef Laskin et le juge Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Le paragraphe 15(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* était en vigueur à l'époque où l'appelant a été mis en liberté avant l'expiration de sa sentence. En l'absence de disposition légale au contraire, il devait partant être assujéti à une surveillance obligatoire. L'effet combiné du par. 101(2) de la

1968-69 (Can.), c. 38, and the proclamation made pursuant thereto was to make the provision of s. 11B (now s. 15) of the *Parole Act* applicable to the appellant, as a person sentenced to imprisonment after August 1, 1970, by virtue of the later sentence imposed on him. The effect of 14(1) of the *Parole Act* is that for the purposes of s. 15(1) both the first and second sentences constituted one sentence to which at the time of appellant's release s. 15(1) applied.

Per Laskin C.J. and Dickson J. *dissenting*: The effect of s. 101(2) of the *Criminal Law Amendment Act*, 1968-69 (Can.), c. 38 and the proclamation (SOR/70-339) was to make a distinction between persons sentenced to imprisonment on or after August 1, 1970, and persons sentenced before that date. The former were legally subject to mandatory supervision and further incarceration were the supervision revoked, upon release; the latter were not. *Prima facie* appellant was within the former class of persons made subject to mandatory supervision by s. 15(1) of the *Parole Act*. However s. 15 is silent as to persons in penitentiary prior to the effective date, August 1, 1970. Section 14 specifically contemplates such persons and provides that where an inmate is sentenced to an additional term, the terms of imprisonment, including that which resulted in his being in confinement, shall be deemed to constitute one sentence. Since one sentence can have but one date of origin, in appellant's case February 9, 1969, and as this date was prior to August 1, 1970, appellant was outside the operation of s. 15. In any event, the language of ss. 14 and 15, which affects pre-August, 1970 remission entitlement, is not so free from doubt as to justify depriving appellant of statutory and earned remission standing to his credit on the introduction of s. 15(1).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ reversing a decision of Cory J.² on an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Dickson J. dissenting.

¹ (1976), 31 C.C.C. (2d) 219.

² (1975), 24 C.C.C. (2d) 126.

Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal, c. 38, et de la proclamation faite en vertu de cette Loi était d'assujettir l'appelant aux dispositions de l'art. 11B (maintenant art. 15) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* en tant que personne condamnée à l'emprisonnement après le 1^{er} août 1970, en vertu de la dernière condamnation prononcée contre lui. L'effet du par. 14(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* est qu'aux fins du par. 15(1) la première et la deuxième sentences ne constituaient qu'une seule sentence à laquelle s'appliquait le par. 15(1) à l'époque de la mise en liberté de l'appelant.

Le juge en chef Laskin et le juge Dickson dissidents: L'effet du par. 101(2) de la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, c. 38 et de la proclamation (DORS/70-339), était de faire une distinction entre les personnes condamnées à l'emprisonnement le 1^{er} août 1970 ou après cette date et les personnes condamnées avant cette date. Les premières étaient légalement assujetties à une surveillance obligatoire dès leur mise en liberté et pouvait être réincarcérées en cas de révocation de leur surveillance obligatoire; les dernières ne l'étaient pas. *De prime abord*, l'appelant appartenait à la première catégorie de personnes assujetties à une surveillance obligatoire en vertu des dispositions du par. 15(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*. Toutefois, l'art. 15 est muet au sujet des personnes incarcérées dans un pénitencier avant la date d'entrée en vigueur, le 1^{er} août 1970. L'article 14 considère spécifiquement ces personnes et dispose que lorsqu'un détenu qui est en détention est condamné à une période supplémentaire d'emprisonnement, les périodes d'emprisonnement auxquelles il a été condamné, y compris la période d'emprisonnement qu'il est en train de purger, sont censées constituer une seule sentence. Puisqu'une sentence ne peut avoir qu'une seule date d'origine, dans le cas de l'appelant le 9 février 1969, et comme cette date est antérieure au 1^{er} août 1970, l'appelant n'était pas assujetti aux dispositions de l'art. 15. De toute façon le libellé des art. 14 et 15, qui porte atteinte aux droits à la réduction de peine inscrite avant le 1^{er} août 1970, n'est pas assez clair pour que l'on prive l'appelant des périodes de réduction de peine statutaire et méritée inscrites à son crédit au moment de l'entrée en vigueur du par. 15(1).

POURVOI interjeté d'un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario¹ infirmant une décision du juge Cory² sur une demande de bref d'*habeas corpus* accompagné d'un *certiorari* auxiliaire. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Dickson étant dissidents.

¹ (1976), 31 C.C.C. (2d) 219.

² (1975), 24 C.C.C. (2d) 126.

Ronald R. Price, for the appellant.

A. M. Garneau and *Leslie S. Holland*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Dickson J. was delivered by

DICKSON J. (*dissenting*)—On February 6, 1969 the appellant was sentenced to a term of eight years' imprisonment following conviction on a charge of manslaughter. He was credited with statutory remission amounting to one-quarter of the period to which he had been sentenced. Statutory remission is time off, subject to good conduct, pursuant to s. 22(1) of the *Penitentiary Act*, 1960-61 (Can.), c. 53.

On November 29, 1971, while still in custody, the appellant was sentenced for assault causing bodily harm to serve a further term of twenty-one months' imprisonment concurrent with the sentence he was then serving. On August 5, 1974 he was released from custody subject to mandatory supervision until February 5, 1977. In placing appellant under mandatory supervision, the parole authorities seem to have relied upon amendments to the *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2 made some time after the appellant was received into the penitentiary. While under mandatory supervision, the appellant in October, 1974 was arrested and charged with assault causing bodily harm and common assault, and released on his own recognizance. In January, 1975 he was taken into custody. The National Parole Board on February 26, 1975 issued an order purporting to revoke appellant's release on mandatory supervision. Appellant was committed to gaol. On March 12, 1975 he brought an application for a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid, contending that he could not lawfully be deprived under the provisions of the *Parole Act* of the statutory and earned remission which stood to his credit in respect of the sentence imposed on him on February 6, 1969. The application was granted by Mr. Justice Cory but this decision was reversed on appeal by the Ontario Court of Appeal.

Section 15(1) of the *Parole Act* provides:

Ronald R. Price, pour l'appelant.

A. M. Garneau et *Leslie S. Holland*, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Dickson a été prononcé par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—Le 6 février 1969, l'appelant a été condamné à huit ans d'emprisonnement pour homicide involontaire coupable. Il a bénéficié d'une réduction statutaire de peine équivalant au quart de cette période. La réduction statutaire de peine est une remise de peine sous réserve de bonne conduite, conformément à l'art. 22(1) de la *Loi sur les pénitenciers* 1960-61 (Can.), c. 53.

Le 29 novembre 1971, alors qu'il était encore sous garde, l'appelant a été condamné à vingt et un mois d'emprisonnement pour voies de fait ayant causé des lésions corporelles, à purger concurremment avec la première condamnation. Le 5 août 1974, il a été mis en liberté sous surveillance obligatoire jusqu'au 5 février 1977. Pour assujettir l'appelant à la surveillance obligatoire, il semble que les personnes chargées de la libération conditionnelle se soient fondées sur des modifications à la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, c. P-2, postérieures à l'incarcération de l'appelant au pénitencier. En octobre 1974, alors qu'il était sous surveillance obligatoire, l'appelant a été arrêté et accusé de voies de fait ayant causé des lésions corporelles et de voies de fait simples, puis remis en liberté sur son engagement personnel. En janvier 1975, il a été mis sous garde. Le 26 février 1975, la Commission nationale des libérations conditionnelles a ordonné la révocation de la mise en liberté sous surveillance obligatoire. L'appelant a alors été emprisonné. Le 12 mars 1975, l'appelant a déposé une demande de bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, alléguant qu'on ne pouvait légalement lui retirer, aux termes des dispositions de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, la période de réduction de peine statutaire et méritée alors inscrite à son crédit à l'égard de la condamnation du 6 février 1969. Le juge Cory a fait droit à cette demande, mais la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé cette décision.

Voici le libellé de l'art. 15(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*:

15. (1) Where an inmate to whom parole was not granted is released from imprisonment, prior to the expiration of his sentence according to law, as a result of remission, including earned remission, and the term of such remission exceeds sixty days, he shall, notwithstanding any other *Act*, be subject to mandatory supervision commencing upon his release and continuing for the duration of such remission.

Section 15(2) of the *Act* provides:

15. (2) Paragraph 10(1)(e), section 11, section 13 and sections 16 to 21 apply to an inmate who is subject to mandatory supervision as though he were a paroled inmate and as though the terms and conditions of his mandatory supervision were terms and conditions of his parole.

By s. 101(2) of the *Criminal Law Amendment Act*, 1968-69 (Can.), c. 38 it was provided that s. 15(1), then s. 11B(1):

... shall apply only in respect of persons who are sentenced to imprisonment in or transferred to a class or classes of penitentiaries or other places of imprisonment described in a proclamation on and after a day or days fixed by the proclamation.

By proclamation SOR/70-339, dated July 30, 1970, s. 11B was brought into force, to "have effect in respect of persons who are sentenced to imprisonment in or transferred to any class of penitentiary on and after the first day of August, 1970".

It will be readily discerned that the effect of s. 101(2) of the 1968-69 *Amendment Act* and SOR/70-339 is to make a distinction between persons sentenced to imprisonment on or after August 1, 1970, and persons sentenced before that date. Persons sentenced on or after August 1, 1970 would be subject to mandatory supervision upon release and face the prospect of being returned to the institution, if mandatory supervision were revoked; persons sentenced before August 1, 1970 were exempt from mandatory supervision and free from the possibility, after release, of being returned to the institution to serve further time. The crucial issue in this appeal, therefore, is whether at the time of his release in 1974, appellant was subject to mandatory supervision. If he was, the Parole Board was entitled to revoke the conditional

15. (1) Lorsqu'un détenu à qui la libération conditionnelle n'a pas été accordée est mis en liberté avant l'expiration de sa sentence en conformité de la loi, à la suite d'une réduction de peine, incluant une réduction méritée et que la période de cette réduction excède soixante jours, il doit, nonobstant toute autre loi, être assujéti à une surveillance obligatoire commençant dès sa mise en liberté et se poursuivant pendant la durée de cette réduction de peine.

et celui de l'art. 15(2) de la *Loi*:

15. (2) L'alinéa 10(1)e), l'article 11, l'article 13 et les articles 16 à 21 s'appliquent à un détenu qui est assujéti à la surveillance obligatoire comme s'il était un détenu à liberté conditionnelle en libération conditionnelle et comme si les modalités de sa surveillance obligatoire étaient des modalités de sa libération conditionnelle.

Aux termes de l'art. 101(2) de la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, 1968-69 (Can.), c. 38, il est prévu que l'art. 15(1), alors 11B(1):

... doit s'appliquer seulement aux personnes qui sont condamnées à l'emprisonnement ou transférées dans une classe ou des classes de pénitenciers ou autres lieux d'emprisonnement visés dans une proclamation le jour ou les jours fixés par la proclamation ou par la suite.

En vertu de la proclamation DORS/70-339, datée du 30 juillet 1970, l'art. 11B est entré en vigueur et s'applique «aux personnes qui sont condamnées à l'emprisonnement ou transférées dans une classe quelconque de pénitencier à compter du 1^{er} août 1970».

On se rend facilement compte que l'art. 101(2) de la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal* et la proclamation DORS/70-339 font une distinction entre les personnes condamnées à l'emprisonnement le 1^{er} août 1970 ou après cette date, et les personnes condamnées avant cette date. Les premières sont assujétiées à une surveillance obligatoire dès leur mise en liberté et peuvent être réincarcérées en cas de révocation de leur surveillance obligatoire; les personnes condamnées avant le 1^{er} août 1970 ne sont pas assujétiées à une surveillance obligatoire et ne peuvent pas être réincarcérées après leur mise en liberté. Par conséquent, la question fondamentale à trancher ici est celle de savoir si, à l'époque de sa mise en liberté, en 1974, l'appelant était assujéti à une surveillance obligatoire. Dans l'affirmative, la Commission des libé-

release; if he was not so subject, there was nothing for the Parole Board to revoke.

Prima facie the appellant was within the class of persons subject to mandatory supervision by the operation of s. 15(1), as a person sentenced to imprisonment in a penitentiary after August 1, 1970. Section 15 is silent, however, as to the position of persons in penitentiary on the date set for the operation of s. 15(1), *i.e.* August 1, 1970 and silent as to the effect of s. 15(1) upon remission, statutory and earned, to which such persons were entitled in respect of sentences imposed prior to August 1, 1970. Section 14 appears to contemplate such persons. The section provides:

14. (1) Where, either before, on or after the 25th day of March 1970,

(a) a person is sentenced to two or more terms of imprisonment, or

(b) an inmate who is in confinement is sentenced to an additional term or terms of imprisonment,

the terms of imprisonment to which he has been sentenced, including in a case described in paragraph (b) any term or terms that resulted in his being in confinement, shall, for all purposes of this Act, the *Penitentiary Act* and the *Prisons and Reformatories Act*, be deemed to constitute one sentence consisting of a term of imprisonment commencing on the earliest day on which any of those sentences of imprisonment commences and ending on the expiration of the last to expire of such terms of imprisonment.

(2) This section does not affect the time at which any sentences that are deemed by subsection (1) to constitute one sentence commence pursuant to sub-section 649(1) of the *Criminal Code*.

The section provides that where an inmate who is in confinement is sentenced to an additional term of imprisonment, the terms of imprisonment to which he has been sentenced, including the term that resulted in his being in confinement, shall be deemed to constitute one sentence. One sentence, of course, can have but one date of origin. The question decisive in this appeal is what is that date of origin for, if the date antedated the date set for the operation of s. 15, the appellant could not have

rations conditionnelles avait le droit de révoquer la mise en liberté conditionnelle; dans la négative, la Commission des libérations conditionnelles ne pouvait rien révoquer.

De prime abord, l'appellant appartient à la catégorie de personnes assujetties à une surveillance obligatoire en vertu des dispositions de l'art. 15(1), en tant que personne condamnée à l'emprisonnement dans un pénitencier après le 1^{er} août 1970. Toutefois, l'art. 15 ne dit rien sur le sort réservé aux personnes incarcérées dans un pénitencier à la date d'entrée en vigueur de l'art. 15(1), *c.-à-d.* le 1^{er} août 1970, ni sur l'effet de ce paragraphe sur la réduction de peine, statutaire ou méritée, à laquelle ces personnes ont droit à l'égard des sentences imposées avant le 1^{er} août 1970. Le sort de ces personnes semble réglé par l'art. 14 qui prévoit que:

14. (1) Lorsque, le 25 mars 1970 ou avant ou après cette date,

a) un individu est condamné à deux périodes d'emprisonnement ou plus, ou que

b) un détenu qui est en détention est condamné à une ou des périodes supplémentaires d'emprisonnement,

les périodes d'emprisonnement auxquelles il a été condamné, y compris dans un cas visé à l'alinéa b) la ou les périodes d'emprisonnement qu'il est en train de purger, sont, à toutes fins de la présente loi, de la *Loi sur les pénitenciers* et de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, censées constituer une seule sentence consistant en une période d'emprisonnement commençant le jour où la première de ces sentences d'emprisonnement commence et se terminant à l'expiration de celle de ces périodes d'emprisonnement qui se termine la dernière.

(2) Le présent article n'affecte pas le moment où des sentences, qui sont censées, aux termes du paragraphe (1), constituer une seule sentence, commençant en conformité du paragraphe 649(1) du *Code criminel*.

Selon cet article, lorsqu'un détenu qui est en détention est condamné à une période supplémentaire d'emprisonnement, les périodes d'emprisonnement auxquelles il a été condamné, y compris la période d'emprisonnement qu'il est en train de purger, sont censées constituer une seule sentence. Naturellement, une sentence ne peut avoir qu'une seule date d'origine. Il importe de déterminer en l'espèce quelle est cette date, car si elle est antérieure à la date de l'entrée en vigueur de l'art. 15,

been subject to mandatory supervision. Section 14 gives a precise answer. The one sentence to which the section refers is deemed to consist of a term of imprisonment commencing on the earliest day on which any of the sentences commences. In the appellant's case that date was February 6, 1969, being prior to the effective date of s. 15(1). Therefore, in my view, the appellant was outside the operation of s. 15. In any event, it would appear to me that the language of ss. 14 and 15 of the *Parole Act*, as affecting pre-August, 1970 remission entitlement, is not so free from doubt as to justify depriving appellant, and others similarly situated, of the statutory and earned remission standing to their credit at the introduction of s. 15(1) of the *Act*. In the case of the appellant, such credits totalled eight hundred and eighty-eight days.

I would allow the appeal, set aside the order of the Ontario Court of Appeal, and restore the order of Mr. Justice Cory.

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

MARTLAND J.—The essential facts are that the appellant, while serving in a penitentiary an eight-year sentence for manslaughter imposed on February 6, 1969, was sentenced, on November 29, 1971, to a term of twenty-one months for assault occasioning grievous bodily harm, to run concurrently with the sentence already being served. By virtue of s. 659(2) of the *Criminal Code* this sentence was to be served in the penitentiary.

The appellant was released on August 5, 1974, not on parole, but subject to mandatory supervision. Following the commission of a further offence for which he was arrested on October 9, 1974, the Parole Board on February 26, 1975, revoked his release under mandatory supervision for violation of the terms of the mandatory supervision, and he was thereby made subject to the

l'appelant ne pouvait être assujéti à la surveillance obligatoire. L'article 14 donne une réponse précise. La seule sentence dont parle l'article en question est censée consister en une période d'emprisonnement commençant le jour où la première de ces sentences commence. Dans le cas de l'appelant, il s'agit du 6 février 1969, soit avant l'entrée en vigueur de l'art. 15(1). Par conséquent, j'estime que l'appelant n'était pas assujéti aux dispositions de l'art. 15. De toute façon, il semble que le libellé des art. 14 et 15 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, dans la mesure où ils portent atteinte au droit à la réduction de peine inscrite avant le 1^{er} août 1970, n'est pas assez clair pour que l'on prive l'appelant et d'autres détenus dans une situation semblable des périodes de réduction de peine statutaire et méritée inscrites à leur crédit au moment de l'entrée en vigueur de l'art. 15(1) de la *Loi*. Dans le cas de l'appelant, ces périodes de réduction de peine totalisent huit cent quatre-vingt-huit jours.

J'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais l'ordre de la Cour d'appel de l'Ontario et je rétablirais l'ordonnance du juge Cory.

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

LE JUGE MARTLAND—Alors qu'il purgeait au pénitencier une peine de huit ans d'emprisonnement imposée le 6 février 1969 pour homicide involontaire coupable, l'appelant a été condamné, le 29 novembre 1971, à purger simultanément une peine de vingt et un mois d'emprisonnement pour voies de fait ayant causé des lésions corporelles graves. Aux termes de l'art. 659(2) du *Code criminel*, l'appelant devait purger cette dernière sentence dans un pénitencier.

Le 5 août 1974, l'appelant a été mis en liberté sous surveillance obligatoire et non sous libération conditionnelle. Ayant commis une autre infraction, il fut arrêté le 9 octobre 1974 et la Commission des libérations conditionnelles révoqua, le 26 février 1975, sa libération sous surveillance obligatoire en raison de la violation des modalités de cette surveillance. L'appelant s'est ainsi exposé aux

consequences of the application of s. 15(2) of the *Parole Act*.

The issue to be determined is as to whether or not the appellant, at the time he was released from imprisonment, became legally subject to mandatory supervision.

Section 15 of the *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2, reads as follows:

15. (1) Where an inmate to whom parole was not granted is released from imprisonment, prior to the expiration of his sentence according to law, as a result of remission, including earned remission, and the term of such remission exceeds sixty days, he shall, notwithstanding any other Act, be subject to mandatory supervision commencing upon his release and continuing for the duration of such remission.

(2) Paragraph 10(1)(e), section 11, section 13 and sections 16 to 21 apply to an inmate who is subject to mandatory supervision as though he were a paroled inmate and as though the terms and conditions of his mandatory supervision were terms and conditions of his parole.

Subsection (2) of s. 15 refers to sections of the *Parole Act* which provide for suspension and revocation of parole, and for re-committal in that event to serve the portion of the term of imprisonment remaining unexpired at the time parole was granted, including any remission, whether statutory or earned.

As s. 15(1) was in existence when the appellant was released from imprisonment prior to the expiration of his sentence he would, by virtue of its operation, be subject to mandatory supervision in the absence of some statutory provision to preclude its operation. The appellant contends that such a provision is to be found in s. 101(2) of the *Criminal Law Amendment Act*, 1968-69 (Can.), c. 38, under the provisions of which statute, what is now s. 15 of the *Parole Act* was enacted so as to become s. 11B of the *Parole Act*. Section 101(2) provided as follows:

101. (2) Section 11B of the said Act as enacted by subsection (1) shall apply only in respect of persons who

effets de l'application de l'art. 15(2) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*.

La question litigieuse en l'espèce est de savoir si, à l'époque de sa mise en liberté, l'appelant était légalement assujetti à une surveillance obligatoire.

Voici le libellé de l'art. 15 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, c. P-2:

15. (1) Lorsqu'un détenu à qui la libération conditionnelle n'a pas été accordée est mis en liberté avant l'expiration de sa sentence en conformité de la loi, à la suite d'une réduction de peine, incluant une réduction méritée et que la période de cette réduction excède soixante jours, il doit, nonobstant toute autre loi, être assujetti à une surveillance obligatoire commençant dès sa mise en liberté et se poursuivant pendant la durée de cette réduction de peine.

(2) L'alinéa 10(1)e), l'article 11, l'article 13 et les articles 16 à 21 s'appliquent à un détenu qui est assujetti à la surveillance obligatoire comme s'il était un détenu à liberté conditionnelle en libération conditionnelle et comme si les modalités de sa surveillance obligatoire étaient des modalités de sa libération conditionnelle.

L'article 15(2) renvoie aux articles de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* qui traitent de la suspension et de la révocation de la libération conditionnelle et du nouvel emprisonnement pour purger la partie de la peine d'emprisonnement qui n'était pas encore expirée au moment de l'octroi de la libération conditionnelle, y compris toute période de réduction de peine statutaire ou méritée.

Puisque l'art. 15(1) était en vigueur à l'époque où l'appelant a été mis en liberté, avant l'expiration de sa sentence, ce dernier devait être, aux termes de cet article, assujetti à une surveillance obligatoire, en l'absence de disposition légale au contraire. L'appelant prétend que c'était précisément l'effet de l'art. 101(2) de la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, c. 38, qui édictait l'art. 11B de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, (devenu depuis l'art. 15 de cette même loi). Voici le libellé de l'art. 101(2):

101. (2) L'article 11B de ladite loi, tel que l'énonce le paragraphe (1), doit s'appliquer seulement aux per-

are sentenced to imprisonment in or transferred to a class or classes of penitentiaries or other places of imprisonment described in a proclamation on and after a day or days fixed by the proclamation.

A proclamation was made, pursuant to the provision, on July 30, 1970, the operative portion of which read as follows:

Now Know Ye that We, by and with the advice of our Privy Council for Canada, do by this our Proclamation declare and direct that section 11B of the Parole Act shall come into force and have effect in respect of persons who are sentenced to imprisonment in or transferred to any class of penitentiary on and after the first day of August, 1970.

The combined effect of s. 101(2) and the proclamation was to make the provisions of s. 11B (now s. 15) applicable to any person within the class described in the proclamation. That class included any person sentenced to imprisonment in a penitentiary on and after August 1, 1970.

The appellant was within that class. He was a person who had been sentenced to imprisonment in a penitentiary on November 29, 1971. In my opinion, the fact that the sentence which he was already serving at the time of his sentence on November 29, 1971, had been imposed on February 6, 1969, does not affect his legal position. In the absence of the later sentence, had he completed his sentence, less remissions, s. 15 of the *Parole Act* would not have been applicable, but because by his own criminal act, he incurred a further sentence after August 1, 1970, s. 15 thereupon became applicable to him.

The appellant contends that s. 15(1) could only be applicable in respect of the sentence which was imposed after August 1, 1970, which had already been served before his release, and did not apply to the earlier sentence which had been imposed on February 6, 1969. This submission is not supported by the wording of that subsection. It applies generally to an inmate to whom parole was not granted who is released from imprisonment prior to the expiration of his sentence as a result of remission. As previously pointed out, the proclamation made

sonnes qui sont condamnées à l'emprisonnement ou transférées dans une classe ou des classes de pénitenciers ou autres lieux d'emprisonnement visés dans une proclamation le jour ou les jours fixés par la proclamation ou par la suite.

Voici le dispositif de la proclamation faite le 30 juillet 1970 en exécution de cette disposition:

Sachez donc maintenant que, sur et avec l'avis de Notre Conseil privé pour le Canada, Nous déclarons et décrétons en vertu de Notre présente proclamation que l'article 11B de la Loi sur la libération conditionnelle de détenus entrera en vigueur et deviendra exécutoire eu égard aux personnes qui sont condamnées à l'emprisonnement ou transférées dans une classe quelconque de pénitencier à compter du 1^{er} août 1970.

L'effet combiné de l'art. 101(2) et de la proclamation était d'assujettir aux dispositions de l'art. 11B (maintenant l'art. 15) toute personne comprise dans la catégorie mentionnée dans la proclamation. Cette catégorie comprenait toute personne condamnée à l'emprisonnement dans un pénitencier le 1^{er} août 1970 ou après cette date.

L'appelant appartient à cette catégorie puisqu'il a été condamné à l'emprisonnement dans un pénitencier le 29 novembre 1971. A mon avis, sa situation au regard de la loi n'est aucunement modifiée par le fait qu'il purgeait déjà une peine imposée le 6 février 1969 lorsqu'on lui en a imposé une autre le 29 novembre 1971. Sans cette dernière condamnation, il n'aurait pas été assujetti à l'art. 15 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* s'il avait purgé sa première sentence, moins les réductions de peine. Mais puisqu'il a été condamné après le 1^{er} août 1970, pour une infraction qu'il avait commise, l'art. 15 s'applique.

L'appelant prétend que l'art. 15(1) était seulement applicable à la sentence imposée après le 1^{er} août 1970 qu'il avait déjà purgée au moment de sa mise en liberté, et que ce paragraphe ne s'appliquait pas à sa première sentence imposée le 6 février 1969. Le libellé de ce paragraphe n'étaye pas cette prétention. Il s'applique de façon générale au détenu à qui la libération conditionnelle n'a pas été accordée et qui a été mis en liberté avant l'expiration de sa sentence, en raison de la réduction de peine. Comme je l'ai déjà souligné, la

s. 15 applicable to any person sentenced to imprisonment in a penitentiary after August 1, 1970, and the appellant was so sentenced. It defines a class of persons to whom s. 15 is applicable and the appellant was within that class.

Section 14(1) of the *Parole Act* is of assistance in dealing with this submission. It provides as follows:

14. (1) Where, either before, on or after the 25th day of March 1970,

(a) a person is sentenced to two or more terms of imprisonment, or

(b) an inmate who is in confinement is sentenced to an additional term or terms of imprisonment,

the terms of imprisonment to which he has been sentenced, including in a case described in paragraph (b) any term or terms that resulted in his being in confinement, shall, for all purposes of this Act, the *Penitentiary Act* and the *Prisons and Reformatories Act*, be deemed to constitute one sentence consisting of a term of imprisonment commencing on the earliest day on which any of those sentences of imprisonment commences and ending on the expiration of the last to expire of such terms of imprisonment.

The effect of this provision is, that for the purposes of s. 15(1) of the *Parole Act*, both the first and second sentences constituted one sentence. When the appellant was released there existed one sentence and it was to that sentence that s. 15(1), by its terms, was applicable.

With respect to the other points raised by the appellant, as also with respect to the issue which I have discussed, I agree with the reasons of Kelly J.A. in the Court of Appeal.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed with costs, LASKIN C.J. and DICKSON J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Ronald R. Price, Kingston.

Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Ottawa.

proclamation a assujetti aux dispositions de l'art. 15 toute personne condamnée à l'emprisonnement dans un pénitencier après le 1^{er} août 1970, ce qui est le cas de l'appelant. La proclamation définit la catégorie des personnes assujetties à l'art. 15 et l'appelant y appartient.

L'examen de cette prétention doit se faire à la lumière des dispositions de l'art. 14(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*:

14. (1) Lorsque, le 25 mars 1970 ou avant ou après cette date,

a) un individu est condamné à deux périodes d'emprisonnement ou plus, ou que

b) un détenu qui est en détention est condamné à une ou des périodes supplémentaires d'emprisonnement,

les périodes d'emprisonnement auxquelles il a été condamné, y compris dans un cas visé à l'alinéa b) la ou les périodes d'emprisonnement qu'il est en train de purger, sont, à toutes fins de la présente loi, de la *Loi sur les pénitenciers* et de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, censées constituer une seule sentence consistant en une période d'emprisonnement commençant le jour où la première de ces sentences d'emprisonnement commence et se terminant à l'expiration de celle de ces périodes d'emprisonnement qui se termine la dernière.

Selon cette disposition, la première et la deuxième sentences ne constituent, aux fins de l'art. 15(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, qu'une seule sentence. A l'époque de la mise en liberté de l'appelant, une sentence subsistait et l'art. 15(1), selon ses propres termes, s'appliquait à cette sentence.

En ce qui concerne les autres points soulevés par l'appelant ainsi que la question que je viens de traiter, je souscris aux motifs formulés par le juge Kelly en Cour d'appel.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef LASKIN et le juge DICKSON étant dissidents.

Procureur de l'appelant: Ronald R. Price, Kingston.

Procureur de l'intimé: D. S. Thorson, Ottawa.

Kirsten A. Fales, Bernard W. Wohlleben, Steven K. Wohlleben, an infant by his next friend Kenneth D. Wohlleben and the said Kenneth D. Wohlleben, residuary beneficiaries of the estate of Kai Wohlleben, Deceased (Plaintiffs) Appellants;

and

Canada Permanent Trust Company, Trustee of the Estate of Kai Wohlleben, Deceased (Defendant) Respondent;

and

Mildred Alice Wohlleben (Third Party) Appellant.

1976: February 9, 10 and 11; 1976: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Trusts and trustees — Speculative shares received by co-trustees in exchange for shares owned by testator — Failure to sell shares in timely fashion — Disastrous results — Breach of trust — Damages — Co-trustee acting honestly and reasonably in circumstances — Co-trustee relieved of liability — Trustee Act, R.S.B.C. 1960, c. 390, s. 98.

The respondent, Canada Permanent Trust Company, and the third party appellant, W, co-trustees of the estate of W's late husband, failed to sell in a timely fashion certain shares of I Ltd. forming part of the estate, with disastrous results. The shares were received by the co-trustees in exchange for shares of B Ltd. which had been owned by the testator during his lifetime. The four children of the testator, as residuary beneficiaries of the estate, sued Canada Permanent, which then raised a claim against its co-trustee for indemnity and contribution. W responded with a counterclaim for the loss which, as recipient under the will of life interest income, she allegedly suffered through the mismanagement of Canada Permanent.

The trial judge held that (i) the exchange of B shares for I shares was authorized by the terms of the will, not as a permanent investment but as a satisfactory vehicle for the divestment of B shares; (ii) Canada Permanent incurred no liability to the plaintiffs by reason of having

Kirsten A. Fales, Bernard W. Wohlleben, Steven K. Wohlleben, mineur représenté *ad litem* par Kenneth D. Wohlleben, et le dit Kenneth D. Wohlleben ayants cause à titre universel de la succession de Kai Wohlleben, de cujus (Demandeurs) Appellants;

et

Canada Permanent Trust Company, fiduciaire de la succession de Kai Wohlleben, de cujus (Défenderesse) Intimée;

et

Mildred Alice Wohlleben (Mise en cause) Appelante.

1976: les 9, 10 et 11 février; 1976: le 5 octobre.

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

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

Fiducies et fiduciaires — Actions spéculatives reçues par des co-fiduciaires en échange d'actions qui appartenaient au testateur — Défaut de vendre les actions en temps opportun — Conséquences désastreuses — Violation de la fiducie — Dommages-intérêts — Co-fiduciaire agissant honnêtement et raisonnablement, vu les circonstances — Co-fiduciaire exonéré de responsabilité — Trustee Act, R.S.B.C. 1960, c. 390, art. 98.

L'intimée, Canada Permanent Trust Company, et la mise en cause, W, co-fiduciaires de la succession de l'époux décédé de W, ont omis de vendre en temps opportun un certain nombre d'actions de l'I Ltd. qui faisaient partie de la succession et les conséquences ont été désastreuses. Les co-fiduciaires avaient reçu ces actions en échange d'actions de B. Ltd. dont le testateur était propriétaire de son vivant. Les quatre enfants du testateur, en leur qualité de légataires universels de la succession, ont poursuivi Canada Permanent, laquelle a alors appelé en garantie sa co-fiduciaire. Celle-ci a répondu par une action reconventionnelle pour la perte qu'elle prétendait avoir subie, en tant que bénéficiaire d'une rente viagère, du fait de la mauvaise gestion de la Canada Permanent.

Le juge de première instance a jugé que (i) l'échange des actions de B contre des actions de l'I était autorisé par les dispositions du testament, non pas en tant que placement permanent mais comme moyen satisfaisant de se départir des actions de B; (ii) la Canada Perma-

entered into the exchange arrangement; (iii) Canada Permanent made no real attempt to sell or persuade its co-trustee to agree to a sale of I shares notwithstanding the unsatisfactory and gradually worsening financial condition of I; (iv) failure to sell the shares in timely fashion resulted in a breach of duty rendering Canada Permanent liable to the plaintiffs for damages, which should be assessed at \$250,408, based upon the average price at which I shares traded during the period in which, in the opinion of the judge, the shares should have been sold. The judge dismissed Canada Permanent's claim for contribution from W, and her counterclaim for interest and income on her interest in the estate. He refused Canada Permanent relief under s. 98 of the *Trustee Act*, R.S.B.C. 1960, c. 390, which provides that, if it appears that a trustee is or may be personally liable for any breach of trust, but has acted honestly and reasonably, and ought fairly to be excused for the breach of trust, then the Court may relieve him from personal liability.

On appeal to the British Columbia Court of Appeal, the damages were reduced to \$206,398.80, as a result of a change by that Court in the base period, and W was ordered to contribute \$31,127.52. The residuary beneficiaries and the third party then appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed and the damages fixed at \$250,408; the appeal of the third party should be allowed and the cross-appeal of the third party should be dismissed.

Canada Permanent breached the duty which it owed to the residuary beneficiaries of the estate. It failed to meet the standard of care and diligence required of a trustee in administering a trust, *i.e.* the standard of a man of ordinary prudence in managing his own affairs. It was not necessary to decide whether a higher standard of diligence should be applied to the paid trustee, for Canada Permanent failed by any test. The vigilance, prudence and sagacity which the law expects of trustees was never apparent. There was no explanation for the languor shown in retaining shares in a venture known to be speculative, for an extended period, during which period the market afforded ample opportunity for profitable sale. W's refusal to respond affirmatively to three or four half-hearted suggestions for sale was not sufficient to protect her co-trustee, and, in any event, if a recommendation and proper explanation had been made

né n'encourait aucune responsabilité à l'égard des demandeurs pour avoir procédé à cet échange; (iii) la Canada Permanent n'avait pas sérieusement essayé de vendre les actions de l'I, ni de persuader sa co-fiduciaire de donner son accord à une telle vente, malgré la médiocrité et la détérioration progressive de la situation financière de l'I; (iv) le défaut de vendre les actions en temps opportun constituait une faute rendant la Canada Permanent passible, à l'égard des demandeurs, de \$250,408 de dommages-intérêts, calculés sur la base du prix moyen auquel les actions de l'I se négociaient durant la période pendant laquelle, de l'avis du juge, les actions auraient dû être vendues. Le juge a rejeté l'appel en garantie de la Canada Permanent contre W, ainsi que la demande reconventionnelle par laquelle celle-ci réclamait compensation pour perte de revenus et d'intérêts sur ses droits à la succession. Il a refusé à la Canada Permanent l'exonération prévue à l'art. 98 de la *Trustee Act*, R.S.B.C. 1960, c. 390, qui dispose que, lorsqu'il apparaît qu'un fiduciaire est ou peut être personnellement responsable d'une violation de la fiducie, mais qu'il a agi honnêtement et raisonnablement, et qu'il serait équitable de l'excuser de cette violation, le tribunal peut le dégager de toute responsabilité personnelle.

Sur appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la suite d'une modification par cette Cour de la période de référence, les dommages-intérêts ont été réduits à \$206,398.80 et W a été condamné à y contribuer pour \$31,127.52. Les légataires universels et la mise en cause ont alors introduit un pourvoi devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli et les dommages-intérêts fixés à \$250,408; le pourvoi de la mise en cause doit être accueilli et l'appel incident de la mise en cause doit être rejeté.

Canada Permanent a violé les devoirs qu'elle avait envers les légataires universels de la succession. Elle a manqué d'exercer le soin et la diligence que l'on exige d'un fiduciaire dans l'administration d'une fiducie, *c.-à-d.* ceux qu'un bon père de famille apporte à l'administration de ses propres affaires. Il n'est pas nécessaire de se prononcer sur le point de savoir si un fiduciaire rémunéré est tenu à plus de diligence que les autres, car, quel que soit le critère, la Canada Permanent n'y a pas satisfait. La vigilance, la prudence et la sagacité que la loi exige des fiduciaires n'ont jamais été apparentes. Il n'est pas possible d'expliquer l'apathie qui l'a conduite à conserver des actions dans une entreprise dont le caractère spéculatif était connu et, ceci pendant une période prolongée durant laquelle le marché avait amplement fourni l'occasion de vendre de façon profitable. Le refus de W de répondre affirmativement à trois ou quatre

and W remained adamant, the proper course would have been to have applied to the Court for advice and directions. No case could possibly be made out for granting Canada Permanent relief under s. 98 of the *Trustee Act*.

The measure of damages was the actual loss which the acts or omissions had caused to the trust estate. The method selected by the trial judge for determining that loss was approved. The base period, as held by the trial judge, was the period of possible advantageous sale of the I shares.

In accepting the trusteeship, W became obligated to exercise an independent judgment and she assumed a duty to the beneficiaries of the residuary estate which, in failing to sell the I shares in timely fashion, she breached. However, Canada Permanent could look to W for contribution and indemnity only if she was liable to the beneficiaries for breach of trust; she was not liable if the Court relieved her pursuant to s. 98. W should be so relieved as she had acted honestly and reasonably in the circumstances.

Canada Permanent was not negligent nor in breach of trust in agreeing to the exchange of B shares for those of I Ltd. and, accordingly, W's claim for interest and income on her interest in the estate failed.

Learoyd v. Whiteley (1887), 12 App. Cas. 727, applied; *Re Waterman's Will Trusts; Lloyds Bank, Ltd. v. Sutton*, [1952] 2 All E.R. 1054; *National Trustees Co. of Australasia v. General Finance Co. of Australasia*, [1905] A.C. 373; *Re Inman, Inman v. Inman*, [1915] 1 Ch. 187; *Royal Trust Co. and McMurray v. Crawford*, [1955] S.C.R. 184; *Re Windsor Steam Coal Co. (1901) Ltd.*, [1929] 1 Ch. 151; *Mickleburgh v. Parker* (1870), 17 Gr. 503, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, allowing in part an appeal from a judgment of Munroe J. Appeal allowed; respondent's third party claim and third party's cross-appeal dismissed.

B. W. F. McLoughlin, Q.C., for the plaintiffs, appellants.

¹ [1975] 3 W.W.R. 400, 55 D.L.R. (3d) 239.

suggestions de vendre faites sans enthousiasme ne suffit pas à protéger sa co-fiduciaire. Et, de toute façon, si, après recommandation et explications appropriées W était demeurée inflexible, il aurait alors fallu s'adresser à la cour pour en obtenir les avis et instructions nécessaires. Rien ne justifie l'exonération de la Canada Permanent en vertu de l'art. 98 de la *Trustee Act*.

Le montant des dommages équivaut à la perte réelle que les actes ou omissions ont fait subir à la succession. La méthode de calcul choisie par le juge de première instance a été acceptée. La période de référence, comme l'a jugé le juge de première instance, était celle où il était possible de vendre avantageusement les actions de l'I.

En acceptant la fiducie, W assumait l'obligation d'exercer un jugement indépendant et se trouvait investie à l'égard des légataires universels d'un devoir qu'elle a violé en omettant de vendre en temps opportun les actions de l'I. Toutefois, la Canada Permanent ne pouvait appeler W en garantie que si elle était responsable envers les bénéficiaires d'une violation de fiducie; elle n'était pas responsable si le tribunal l'exonérait conformément à l'art. 98. W doit être ainsi exonérée, car, vu les circonstances, elle a agi honnêtement et raisonnablement.

La Canada Permanent n'a pas fait preuve de négligence ni violé la fiducie en consentant à l'échange des actions de l'I Ltd. et, en conséquence, la demande de W pour perte de revenus et intérêts sur ses droits à la succession doit être rejetée.

Arrêt appliqué: *Learoyd v. Whiteley* (1887), 12 App. Cas. 727; arrêts mentionnés: *Re Waterman's Will Trusts; Lloyds Bank, Ltd. v. Sutton*, [1952] 2 All E.R. 1054; *National Trustees Co. of Australasia v. General Finance Co. of Australasia*, [1905] A.C. 373; *Re Inman, Inman v. Inman*, [1915] 1 Ch. 187; *Royal Trust Co. et McMurray c. Crawford*, [1955] R.C.S. 184; *Re Windsor Steam Coal Co. (1901) Ltd.*, [1929] 1 Ch. 151; *Mickleburgh v. Parker* (1870), 17 Gr. 503.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹ accueillant partiellement un appel interjeté contre un jugement du juge Munroe. Pourvoi accueilli; appel en garantie de la mise en cause par l'intimée et appel incident de la mise en cause rejetés.

B. W. F. McLoughlin, c.r., pour les demandeurs, appelants.

¹ [1975] 3 W.W.R. 400, 55 D.L.R. (3d) 239.

T. R. Braidwood, Q.C., and *R. R. Sugden*, for the third party, appellant.

C. C. Locke, Q.C., for the defendant respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—These proceedings emanate from the failure of the co-trustees of the estate of Kai Wohlleben, late of the City of Vancouver, to sell in a timely fashion certain shares of Inspiration Limited forming part of the estate, with disastrous results. The shares were received by the co-trustees in exchange for shares of Boyles Bros. Drilling Company Ltd. which had been owned by Mr. Wohlleben during his lifetime. The four children of Mr. Wohlleben, as residuary beneficiaries of the estate, sued Canada Permanent Trust Company, one of the trustees, which then raised a claim against its co-trustee, Mrs. Wohlleben, for indemnity and contribution. Mrs. Wohlleben responded with a counterclaim for the loss which, as recipient under the will of life interest income, she allegedly suffered through the mismanagement of Canada Permanent. The children plaintiffs chose not to sue their mother as co-trustee.

I

In the main action three issues faced Munroe J. during a 13-day trial: (1) whether the exchange of Boyles Bros. shares for Inspiration shares was authorized by the terms of the will; (ii) if so, was Canada Permanent, in entering into the transaction, guilty of a breach of its duty to make proper inquiry and to exercise reasonable skill and care; (iii) was there a breach of duty in failing to sell the Inspiration shares before the bankruptcy of that company?

Mr. Justice Munroe held that (i) the exchange was authorized by the terms of the will, not as a permanent investment but as a satisfactory vehicle for the divestment of Boyles Bros. shares; (ii) Canada Permanent incurred no liability to the plaintiffs by reason of having entered into the

T. R. Braidwood, c.r., et *R. R. Sugden*, pour la mise en cause, appelante.

C. C. Locke, c.r., pour la défenderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Les co-fiduciaires de la succession de feu Kai Wohlleben, de la ville de Vancouver, ont omis de vendre en temps opportun un certain nombre d'actions de l'Inspiration Limited qui faisaient partie de la succession. Les conséquences ont été désastreuses et là se trouve l'origine du présent procès. Les co-fiduciaires avaient reçu ces actions en échange d'actions de la compagnie Boyles Bros. Drilling Company Ltd. dont M. Wohlleben était propriétaire de son vivant. Les quatre enfants de M. Wohlleben ont, en leur qualité de légataires universels, poursuivi l'un des fiduciaires, la compagnie Canada Permanent Trust, laquelle a alors appelé en garantie sa co-fiduciaire, M^{me} Wohlleben. Celle-ci a répondu par une demande reconventionnelle pour la perte qu'elle prétendait avoir subie, en tant que bénéficiaire d'une rente viagère en vertu du testament, du fait de la mauvaise gestion de la Canada Permanent. Les enfants demandeurs ont décidé de ne pas poursuivre leur mère en sa qualité de co-fiduciaire.

I

En ce qui concerne l'action principale, le juge Munroe a eu, au cours d'un procès de treize jours, à trancher trois questions: (i) l'échange des actions de la Boyles Bros. contre des actions de l'Inspiration était-il autorisé par les dispositions testamentaires; (ii) dans l'affirmative, la Canada Permanent s'était-elle rendue coupable, en procédant à la transaction, d'une violation de son devoir de se renseigner convenablement et de faire preuve de discernement et de diligence raisonnables; (iii) y avait-il faute à n'avoir pas vendu les actions de l'Inspiration avant la faillite de cette compagnie?

Le juge Munroe a jugé que (i) l'échange était autorisé par les dispositions du testament, non pas en tant que placement permanent mais comme moyen satisfaisant de se départir des actions de la Boyles Bros.; (ii) La Canada Permanent n'encourait aucune responsabilité à l'égard des deman-

exchange arrangement; (iii) Canada Permanent made no real attempt to sell or persuade its co-trustee to agree to a sale of Inspiration shares notwithstanding the unsatisfactory and gradually worsening financial condition of Inspiration; (iv) failure to sell the shares in timely fashion resulted in a breach of duty rendering Canada Permanent liable to the plaintiffs for damages, which should be assessed at \$250,408 based upon the average price at which Inspiration shares traded during the period in which, in the opinion of the judge, the shares should have been sold. The judge dismissed Canada Permanent's claim for contribution from Mrs. Wohlleben, and her counterclaim for interest and income on her interest in the estate. He refused Canada Permanent relief under s. 98 of the *Trustee Act*, R.S.B.C. 1960, c. 390. This section provides that, if it appears that a trustee is or may be personally liable for any breach of trust, but has acted honestly and reasonably, and ought fairly to be excused for the breach of trust, then the Court may relieve him from personal liability.

The Court of Appeal for British Columbia, following seven days of argument, allowed the appeal brought by Canada Permanent to the extent that the damages were reduced from \$250,408 to \$206,398.80. The Court agreed that Canada Permanent had committed a breach of trust by negligently failing to sell all or any of the estate's preferred and common shares of Inspiration Limited while there was a ready market. The Court considered, however, that there was a time immediately following acquisition when it was not imprudent to hold the shares, and that the period of averaging should extend until the shares were delisted. This change in the base period resulted in a reduction in the damages to be awarded. A cross-appeal, in which the plaintiffs renewed their contentions that there was no power in the will to make the exchange of shares, and that Canada Permanent was guilty of breach of trust in acquiring the speculative and hazardous shares of Inspiration Limited, was dismissed. Canada Permanent

deurs pour avoir procédé à cet échange; (iii) la Canada Permanent n'avait pas sérieusement essayé de vendre les actions de l'Inspiration ni de persuader sa co-fiduciaire de donner son accord à une telle vente, malgré la médiocrité et la détérioration progressive de la situation financière de l'Inspiration; (iv) l'omission de vendre les actions en temps opportun constituait une faute rendant la Canada Permanent passible, à l'égard des demandeurs, de \$250,408 de dommages-intérêts, calculés sur la base du prix moyen auquel les actions de l'Inspiration se négociaient durant la période pendant laquelle, de l'avis du juge, les actions auraient dû être vendues. Le juge a rejeté l'appel en garantie de la Canada Permanent contre Mme Wohlleben, ainsi que la demande reconventionnelle par laquelle celle-ci réclamait compensation pour perte de revenus et d'intérêts sur ses droits à la succession. Il a refusé à la Canada Permanent l'exonération prévue à l'art. 98 de la *Trustee Act*, R.S.B.C. 1960, c. 390. Cet article dispose que, lorsqu'il apparaît qu'un fiduciaire est ou peut être personnellement responsable d'une violation de la fiducie, mais qu'ayant agi honnêtement et raisonnablement, il serait équitable de l'excuser de cette violation, le tribunal peut le dégager de toute responsabilité personnelle.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, après sept jours de débats, a accueilli en partie l'appel de la Canada Permanent et réduit les dommages-intérêts de \$250,408 à \$206,398.80. La Cour a admis que la Canada Permanent avait violé la fiducie en négligeant de vendre tout ou partie des actions privilégiées et ordinaires de l'Inspiration qui se trouvaient dans la succession, à un moment où le marché était bon. Toutefois, la Cour a estimé qu'il y avait eu un moment, immédiatement après l'acquisition des actions, où il n'était pas imprudent de les conserver, et que la période de calcul du cours moyen devait être étendue jusqu'au moment où les actions avaient cessé d'être cotées. Cette modification de la période de référence a entraîné une réduction des dommages-intérêts accordés. Un appel incident, dans lequel les demandeurs prétendaient de nouveau que le testament n'autorisait pas l'échange des actions et que la Canada Permanent s'était rendue coupable de violation de fiducie en acquérant les actions

was again unsuccessful in its claim for relief under s. 98 of the *Trustee Act* but succeeded on the appeal in obtaining a reversal of the trial judge's dismissal of the third party proceedings brought against Mrs. Wohlleben for contribution. The Court of Appeal considered Mrs. Wohlleben guilty of breach of trust for failure to join in liquidation of the Inspiration Limited shares at advantageous times and ordered that she contribute a moiety of the damages sustained by plaintiffs in the period to September 1, 1969 amounting to \$31,127.52. Her cross-appeal for interest and income was dismissed.

In this Court the appellant residuary beneficiaries seek an increase in the damages awarded to them. The third party, Mrs. Wohlleben, asks that she not be held liable to contribute in any way for the breach of trust by Canada Permanent and that she be awarded her lost interest and income by reason of such breach. Canada Permanent asks that the Court of Appeal be reversed in its decision to relieve Mrs. Wohlleben in part from the consequences of her breach of trust or in the alternative, if relief is afforded her, that the Court declare a different method of calculating the amount of reduction. Canada Permanent also seeks a declaration that the Court of Appeal erred in failing to relieve it from the consequences of any breach of trust.

II

The will of the late Mr. Wohlleben is unexceptional. A bequest of personal effects to Mrs. Wohlleben is followed by a direction to the trustees to sell, call in and convert the estate into money, with power to postpone. The will directs the trustees to invest the residue of the estate in investments authorized by law for the investment of trust funds. The trustees are empowered to deal with any shares or other interest held by the estate in any company or corporation to the same extent and as fully as the testator could if alive "and in

spéculatives et hasardeuses de l'Inspiration Limited, a été rejeté. La Canada Permanent a de nouveau échoué dans sa demande d'exonération en vertu de l'art. 98 de la *Trustee Act*, mais a eu gain de cause en appel en obtenant que soit infirmée la décision par laquelle le juge de première instance avait rejeté les procédures d'appel en garantie intentées contre M^{me} Wohlleben. La Cour d'appel a estimé que M^{me} Wohlleben s'était rendue coupable de violation de fiducie en omettant de participer à la liquidation des actions de l'Inspiration Limited à un moment favorable et l'a condamnée à contribuer pour moitié aux dommages subis par les demandeurs jusqu'au 1^{er} septembre 1969, dommages évalués à \$31,127.52. Son appel incident pour perte de revenus a été rejeté.

Devant cette Cour, les légataires universels cherchent à obtenir une augmentation des dommages-intérêts qui leur ont été accordés. La mise en cause, M^{me} Wohlleben, demande à être déchargée de toute contribution pour la violation de fiducie commise par la Canada Permanent et réclame compensation pour la perte de revenus et d'intérêts que cette violation lui a causée. La Canada Permanent demande que la décision de la Cour d'appel de relever partiellement M^{me} Wohlleben des conséquences dommageables de sa violation de fiducie soit infirmée ou, subsidiairement, au cas où elle en demeurerait partiellement relevée, que la Cour se prononce pour une méthode différente de calcul du montant de la réduction. La Canada Permanent nous demande aussi de déclarer que la Cour d'appel a fait erreur en omettant de la relever des conséquences dommageables de toute violation de la fiducie.

II

Le testament de feu M. Wohlleben n'a rien d'exceptionnel. Un legs d'effets personnels à M^{me} Wohlleben est suivi d'une instruction donnée aux fiduciaires de vendre, de faire rentrer les fonds et de convertir les biens de la succession, avec pouvoir de différer. Le testament donne ensuite instruction aux fiduciaires d'investir l'actif de la succession dans des placements que la Loi autorise pour les fonds de fiducie. Il donne aux fiduciaires le pouvoir de disposer de toutes actions ou autres droits que la succession possède dans toute compagnie ou

particular . . . to join in the reconstruction of any such company or corporation and to accept shares or securities in any other company or corporation in lieu of or in exchange for the shares or other interests held by my estate in such company or corporation Any interest or assets so acquired by my Trustees may be held as investments of my estate whether or not they are authorized investments". The will provides that Mrs. Wohlleben shall receive the income from the residue of the estate during her lifetime and at her death the residue is to be divided equally among the children.

III

Mr. Wohlleben died suddenly on December 23, 1955. He left a substantial estate, the greater part of the value of which consisted of shares in the capital stock of Boyles Bros. Drilling Company Ltd., a small but sound and profitable company in which Mr. Wohlleben had been an officer and one of four major shareholders. During the ten years following Mr. Wohlleben's death another major shareholder died and the remaining two became increasingly concerned as to the position of their estates, in the event of demise, as each had used practically all of his liquid assets in acquiring shares of Boyles Bros. from estates of former associates. In 1966 Pemberton Securities Limited, a Vancouver brokerage house, brought to the management of Boyles Bros. a proposal for a merger of that company with Inspiration Limited.

Inspiration Limited was engaged in construction operations and, like Boyles Bros., in contract diamond drilling and the furnishing of other services to the mining industry. A controlling interest in Inspiration had been acquired in 1962 by a major Canadian conglomerate, Power Corporation of Canada Limited, which, it was generally thought, would assure Inspiration adequate financial backing and good management. The merger proposal contemplated an exchange of Boyles Bros. shares for common and preferred shares and notes of Inspiration Limited.

corporation dans la même mesure et aussi complètement que le testateur aurait pu le faire de son vivant [TRADUCTION] «et en particulier . . . de participer à la réorganisation d'une compagnie ou corporation donnée et d'accepter des actions ou valeurs mobilières d'une autre compagnie ou corporation à la place ou en échange des actions ou autres droits que ma succession possède dans une compagnie ou corporation Tout droit ou biens ainsi acquis par mes fiduciaires peuvent être considérés comme des placements des biens de ma succession qu'il s'agisse ou non de placements autorisés par la Loi». Le testament prévoit que M^{me} Wohlleben aura droit, sa vie durant, aux revenus de l'actif de la succession et qu'à sa mort, l'actif sera partagé également entre les enfants.

III

M. Wohlleben est décédé subitement le 23 décembre 1955. Il laissait une importante succession, dont la majeure partie consistait en actions de capital de la Boyles Bros. Drilling Company Ltd., petite compagnie, mais saine et rentable, dont M. Wohlleben avait été l'un des administrateurs et des quatre plus importants actionnaires. Durant les dix années qui ont suivi le décès de M. Wohlleben, un autre actionnaire important est mort et les deux restants s'inquiétèrent de plus en plus, dans l'éventualité d'un décès, de la situation de leurs successions, car ils avaient pratiquement employé toutes leurs liquidités à racheter des actions de la Boyles Bros. aux héritiers d'anciens associés. En 1966, la Pemberton Securities Ltd., maison de courtage de Vancouver, a proposé à la direction de la Boyles Bros. une fusion de cette compagnie avec l'Inspiration Limited.

L'Inspiration Limited participait à des opérations de construction et, comme la Boyles Bros., faisait des forages au diamant et fournissait d'autres services à l'industrie minière. En 1962, un grand consortium canadien, la Power Corporation of Canada Limited, avait pris le contrôle de l'Inspiration, ce qui, pensait-on généralement, garantirait à celle-ci un financement adéquat et une bonne gestion. La proposition de fusion prévoyait un échange des actions de la Boyles Bros. contre des actions ordinaires et privilégiées ainsi que des billets de l'Inspiration Limited.

The Vancouver office of Canada Permanent forwarded to the company's head office in Toronto the terms of the merger proposal. The covering letter noted that, although Inspiration was a large company, its profit and loss picture was "not inspiring", but this was expected to change due to the more active interest being taken in the company by Power Corporation. The letter also observed that while no commitment had been made, it was believed that Pembertons would be willing to underwrite at a price of about \$85 per share the sale of the 6 per cent preferred shares of the par value of \$100 each, which Boyles Bros. shareholders would receive. The proposal was considered by the management committee of Canada Permanent and the Vancouver office was advised that, subject to a firm commitment by Pembertons to take up the Wohlleben preferred shares at \$85 per share and subject to Mrs. Wohlleben being in favour, Canada Permanent would go along with the other shareholders in accepting the proposal.

An accompanying memorandum prepared at the head office referred to the shares of Inspiration as "a non-dividend paying speculation". That the shares were speculative could hardly be doubted. The main activity of Inspiration was in the construction industry, notoriously volatile; the company's earnings record was dismal; there was lack of working capital (current assets \$18,378,454, current liabilities \$17,684,972 as at September 30, 1966); neither the large write-up of assets nor the depreciation policy adopted by the company was such as to engender much confidence; substantial earnings were required to service anticipated debt load. The reason for the head office of Canada Permanent requesting a Pemberton commitment to purchase the preferred shares is found in this sentence of the memorandum:

Due, however, to the speculative nature of Inspiration Limited (operated at a loss in 1963 and 1964 and earned 13 cents per share in 1965), there would appear to be doubt as to the advisability of Trustees making the exchange and running the risk of not being able to

Les bureaux de Vancouver de la Canada Permanent envoyèrent les clauses de la proposition de fusion au siège social de la compagnie à Toronto. La lettre d'accompagnement indiquait que, bien que l'Inspiration fût une grande compagnie, le bilan de ses profits et pertes n'était «pas engageant», mais qu'il fallait s'attendre à des changements, vu la part plus active que la Power Corporation allait prendre à la compagnie. La lettre faisait aussi observer que, bien qu'aucun engagement n'ait été pris, il y avait lieu de croire que la maison Pemberton serait disposée à garantir au prix de \$85 environ l'action la vente des actions privilégiées 6 pour cent d'une valeur au pair de \$100 chacune que les actionnaires de la Boyles Bros. recevraient. La proposition fut étudiée par le comité de gestion de la Canada Permanent et on fit savoir aux bureaux de Vancouver que, sous réserve que la maison Pemberton prenne l'engagement ferme d'acheter les actions privilégiées des Wohlleben à \$85 par action et que M^{me} Wohlleben consente à l'opération, la Canada Permanent se joindrait aux autres actionnaires pour accepter la proposition.

Une note de service, rédigée au siège social, présentait les actions de l'Inspiration comme «une spéculation ne rapportant pas de dividendes». Que les actions fussent spéculatives, on pouvait difficilement en douter. La principale activité de l'Inspiration était l'industrie de la construction, secteur notoirement instable; le tableau des bénéfices de la compagnie était sombre; les fonds de roulement manquaient (actif réalisable à court terme de \$18,378,454, passif exigible à court terme de \$17,684,972, au 30 septembre 1966); ni la forte réévaluation de l'actif ni la politique d'amortissement adoptée par la compagnie n'étaient de nature à inspirer beaucoup confiance; des bénéfices importants étaient nécessaires pour faire face à la dette prévue. On trouve la raison pour laquelle le siège social exigeait que la maison Pemberton s'engage à acheter les actions privilégiées dans cette phrase de la note de service:

[TRADUCTION] En raison toutefois de la nature spéculative de l'Inspiration Limited (exercices déficitaires en 1963 et 1964 et gain de 13 cents par action en 1965), il semblerait qu'il y ait quelque doute sur l'opportunité pour les fiduciaires de procéder à l'échange et de courir

dispose of the Inspiration shares at the prices (\$85 for preferred and \$1.75 for common) indicated above.

Pembertons did not consider the time propitious for a public offering of the shares of Inspiration. A commitment on the part of that firm was waived and, with the approval of the Toronto office of Canada Permanent, the merger of Inspiration and Boyles Bros. was concluded. Canada Permanent and Mrs. Wohlleben, as trustees of the Wohlleben estate received upon closing the sum of \$11,218 in cash; 44,872 N.P.V. common shares of Inspiration; 10,668 \$1.50 cumulative redeemable convertible preferred shares of the par value \$25 each (the proposal for \$100 par value shares was changed during negotiations); and \$212,298 in notes payable in three annual instalments in December 1967, 1968 and 1969. Power Corporation declined to guarantee payment of the notes. Mrs. Wohlleben was apprised by Canada Permanent of the final terms of the exchange offer but not of the correspondence which had passed between the Vancouver and Toronto offices.

From date of closing in December 1966, until bankruptcy of Inspiration in January 1970, the Inspiration shares remained in the estate. One instalment of principal was paid on the notes on December 19, 1967. Since bankruptcy there has been some recovery on the notes but upon the bankruptcy the shares became valueless, and it is the loss in value of the shares which is at the heart of the present action. The notes do not directly concern us.

As I have said, two of the issues which the trial judge, Munroe J., considered were whether the share exchange was authorized by the terms of the will and if so, whether the transaction was improvident. Mr. Justice Munroe, whose judgment in these respects was upheld by the Court of Appeal of British Columbia, held that the will authorized the exchange and that the exchange was not negligently made. The first point was not pursued in this Court and I would not disturb the concurrent findings of the Courts below that

le risque de ne pouvoir disposer des actions de l'Inspiration aux prix (\$85 pour les privilégiées et \$1.75 pour les ordinaires) indiqués ci-dessus.

La maison Pemberton trouvait que le moment n'était pas propice pour une offre publique d'actions de l'Inspiration. On renonça à obtenir un engagement de sa part, et, avec l'approbation des bureaux de la Canada Permanent à Toronto, la fusion de l'Inspiration et de la Boyles Bros. fut conclue. A titre de fiduciaires de la succession Wohlleben, la Canada Permanent et M^{me} Wohlleben reçurent à la signature la somme de \$11,218 comptant; 44,872 actions ordinaires s.v.n. de l'Inspiration; 10,668 actions privilégiées, convertibles, rachetables et à dividende cumulatif de \$1.50, d'une valeur au pair de \$25 chacune (la proposition d'actions d'une valeur au pair de \$100 avait été modifiée pendant les négociations); et \$212,298 en billets à ordre payables en trois versements annuels, en décembre 1967, 1968 et 1969. La Power Corporation refusa de garantir le paiement des billets. La Canada Permanent informa M^{me} Wohlleben des conditions finales de l'offre d'échange, mais non pas de la correspondance échangée entre les bureaux de Vancouver et de Toronto.

De la date de la signature en décembre 1966 jusqu'à la faillite de l'Inspiration en janvier 1970, les actions de l'Inspiration sont demeurées dans la succession. Un versement de capital a été fait sur les billets le 19 décembre 1967. Depuis la faillite, une autre partie du montant des billets a été recouvrée mais, lors de la faillite, les actions ont perdu toute valeur, et c'est la perte de valeur des actions qui est au cœur de la présente action. Les billets ne nous concernent pas directement.

Comme je l'ai dit, deux des questions que le juge Munroe a eu à trancher en première instance étaient de savoir si l'échange d'actions était autorisé par le testament et, dans l'affirmative, si la transaction était imprudente. Le juge Munroe, dont le jugement a été, sur ces points, confirmé par la Cour d'appel de Colombie-Britannique, a décidé que le testament autorisait l'échange et que celui-ci n'avait pas été conclu négligemment. Le premier point n'a pas été soulevé devant cette Cour et je ne suis pas enclin à remettre en cause les

Canada Permanent was not to be faulted for entering into the exchange arrangement. Neither point, however, it may be said, is of surpassing importance because for some two and one-half years following the exchange, the shares acquired could have been marketed without loss to the estate. The main complaint against Canada Permanent is that a duty rested upon it to sell the shares received on the exchange and use the proceeds for the purchase of trustee investments as soon as could reasonably and advantageously be done and that such duty was breached.

IV

In May 1967, Pembertons underwrote a public issue of 180,000 preferred shares of Inspiration. An opportunity was afforded the Wohlleben trustees at that time to dispose of the preferred shares of Inspiration owned by the estate at a net price of \$21.50. Canada Permanent referred the offer to Mrs. Wohlleben without recommendation. She said that she saw no reason to accept \$21.50 for a \$25 par value share and the Inspiration shares remained in the estate portfolio. At the time of the underwriting Mrs. Wohlleben, upon the advice of Canada Permanent, signed an undertaking not to place any of the estate's Inspiration preferred shares on the market during the three-month period of primary distribution of the 180,000 share offering. She signed reluctantly, voicing her hostility to being prohibited temporarily from dealing with the shares. In her letter to Canada Permanent she said "one of the attractions of the switch-over was that the Inspiration shares would be marketable".

During 1967, the common shares of Inspiration steadily declined from \$1.95 - \$1.70 in January to \$1.25 - .90 in December and in the same period, the preferred shares declined from 22⁴ - 23⁴ in February (listed February 1967) to 16⁴ - 18² in December.

décisions concordantes des tribunaux d'instance inférieure quant à l'absence de faute de la part de la Canada Permanent dans la conclusion de l'échange. Toutefois, ni l'un ni l'autre de ces points n'est, pourrait-on dire, d'une importance extrême, car durant les quelque deux ans et demi qui ont suivi l'échange, les actions acquises auraient pu être négociées sans que la succession subisse de perte. Ce qui est principalement reproché à la Canada Permanent, c'est qu'elle avait le devoir de vendre des actions reçues en échange ainsi que d'investir le produit de la vente dans des placements de fiduciaire dès que cela pouvait être raisonnablement et avantageusement fait, et que ce devoir a été violé.

IV

En mai 1967, la maison Pemberton souscrivit à une émission publique de 180,000 actions privilégiées de l'Inspiration. C'était l'occasion pour les fiduciaires Wohlleben de disposer, à un prix net de \$21.50, des actions privilégiées de l'Inspiration qui se trouvaient dans la succession. La Canada Permanent soumit l'offre à M^{me} Wohlleben, sans lui faire de recommandation. M^{me} Wohlleben déclara qu'elle ne voyait aucune raison d'accepter \$21.50 pour des actions d'une valeur au pair de \$25 et les actions de l'Inspiration demeurèrent dans le portefeuille de la succession. Au moment de la souscription et sur les conseils de la Canada Permanent, M^{me} Wohlleben signa l'engagement de ne mettre sur le marché aucune des actions privilégiées de l'Inspiration se trouvant dans la succession pendant la période de trois mois de distribution initiale de l'offre de 180,000 actions. Elle signa à contrecœur, en manifestant qu'elle était hostile à l'idée de ne pas pouvoir temporairement négocier les actions. Dans sa lettre à la Canada Permanent, elle déclarait que [TRADUCTION] «d'un des attraits de l'échange était que les actions de l'Inspiration seraient négociables».

En 1967, les actions ordinaires de l'Inspiration baissèrent continuellement, de \$1.95 - \$1.70 en janvier à \$1.25 - \$0.90 en décembre et, durant la même période, les actions privilégiées (cotées en février 1967) baissèrent de 22⁴ - 23⁴ en février à 16⁴ - 18² en décembre.

The 1967 annual report of Inspiration disclosed an after-tax loss of \$417,289 (following a 1966 consolidated profit of \$1,715,834) and a further \$1,241,037 was charged to deficit in 1967.

On January 31, 1968, the Vancouver investment committee of Canada Permanent recommended sale of "at least part" of the estate's holding of common shares but no action respecting preferred shares. No shares were sold.

Inspiration did not pay the June 1, 1968, dividend due on the preferred shares (nor later dividends due December 1, 1968; June 1, 1969; or December 1, 1969). The explanation given for passing the June 1968 dividend was "to conserve working capital while the whole of our cash situation is very tight".

On September 20, 1968, Inspiration disclosed that operating results for the first six months had been most disappointing, reflecting a loss of approximately \$1,870,000. This was accompanied by a change in top management.

When the Wohlleben estate came before the Vancouver investment committee for review in October 1968 the notation "Check into" was made opposite the common share listing and "Watch for upswing" opposite the preferred share listing but that would appear to have been the extent of the action taken at that time.

Inspiration defaulted in payment of the December 15, 1968, instalment due on the notes. During 1968 the stock market valuation of the preferred shares declined from 17 - 18 in January to 11 - 13⁴ in May but closed the year at 14 - 17⁷. The common shares declined from 1.25 - 1.50 in January to 1.05 - 1.15 in June, but strengthened to 1.30 - 1.80 in December.

The Inspiration annual report for 1968 revealed a net operating loss of approximately \$4,500,000 in 1968; in addition a further \$3,000,000 transferred to deficit account in that year. The 1968 annual report of Power Corporation contained the

Le rapport annuel de l'Inspiration de 1967 révéla une perte après impôts de \$417,289 (faisant suite à un profit consolidé de \$1,715,834 en 1966) et \$1,241,037 supplémentaires furent passés au déficit en 1967.

Le 31 janvier 1968, le comité des placements de Vancouver de la Canada Permanent recommanda la vente d'«au moins une partie» des actions ordinaires détenues par la succession, mais ne recommanda aucune mesure concernant les actions privilégiées. Aucune action ne fut vendue.

L'Inspiration ne paya pas les dividendes dus aux actionnaires privilégiés le 1^{er} juin 1968 (ni ceux du 1^{er} décembre 1968, du 1^{er} juin 1969 ou du 1^{er} décembre 1969). L'explication donnée pour sauter le dividende de juin 1968 fut la nécessité [TRANSDUCTION] «de conserver les fonds de roulement à un moment où la situation d'ensemble de nos liquidités est très difficile».

Le 20 septembre 1968, l'Inspiration révéla que le bilan des six premiers mois d'exploitation avait été extrêmement décevant, se traduisant par un déficit d'environ \$1,870,000. On annonça en même temps un changement du personnel de la haute direction.

Lorsqu'en octobre 1968, le comité des placements de Vancouver étudia la situation de la succession Wohlleben, on inscrivit «à surveiller» en face de la cote des actions ordinaires et «guetter mouvement de hausse» en face de celle des actions privilégiées, mais il semble que les mesures prises à ce moment-là se limitèrent à cela.

L'Inspiration fit défaut de payer le versement dû sur les billets le 15 décembre 1968. En 1968, la valeur en bourse des actions privilégiées tomba de 17 - 18 en janvier à 11 - 13⁴ en mai, mais elle était de 14 - 17⁷ à la clôture en fin d'année. Les actions ordinaires baissèrent de 1.25 - 1.50 en janvier à 1.05 - 1.15 en juin, mais se raffermirent en décembre, jusqu'à 1.30 - 1.80.

Le rapport annuel de l'Inspiration de 1968 révéla un déficit d'exploitation net d'environ \$4,500,000 en 1968; \$3,000,000 supplémentaires furent passés au déficit de cette année. Le rapport annuel de la Power Corporation de 1968 contenait

following melancholy reference to Inspiration Limited:

The difficulties which beset Inspiration in 1967 increased considerably in 1968 and resulted in an increase of its deficit by some \$7,500,000. The company has been drastically reorganized and several of its operating divisions have either been closed out or are in the process of being closed out. Future activities will be concentrated primarily in specialized engineering services, contract diamond drilling and the Boyles Manufacturing operations.

Canada Permanent continued apathetic except that on May 26, 1969, when Inspiration preferred shares, for some inexplicable reason, went up to 18½ the suggestion was made to Mrs. Wohlleben that "we might unload a little". She was concerned as to re-investment of the proceeds if a sale were made and said she would consult her children. The matter died there.

On June 9, 1969, the trust officer who had been in charge of the Wohlleben estate account prepared a memorandum for an incoming senior officer of Canada Permanent at Vancouver which reads in part:

Inspiration controlled by Power Corporation has, during the past two or three years, suffered serious losses, however, the outlook for the future is improving and even at today's depressed market the value of the holdings of both estates is considerably higher than original inventory of Boyles.

The memorandum shows no appreciation of the parlous financial state of Inspiration nor recognition of any duty to sell to protect the estate.

On July 30, 1969, the Vancouver investment department wrote a memorandum to Mr. Jakeway, the trust officer overseeing the Wohlleben estate at that time, making the following recommendation:

2. Reduce holding of 10,668 shs. Inspiration Pfd. by at least one-half.

It was agreed that in general terms we should now be getting out of Inspiration shares.

ce commentaire mélancolique sur l'Inspiration Limited:

[TRADUCTION] Les difficultés qui assiégeaient l'Inspiration en 1967 se sont considérablement accrues en 1968 et ont provoqué une augmentation de son déficit de quelque \$7,500,000. La compagnie a été radicalement réorganisée et plusieurs de ses services d'exploitation ont été interrompus ou sont sur le point de l'être. Les activités futures seront principalement centrées sur les services spécialisés de génie, le forage au diamant à contrat et les opérations de la Boyles Manufacturing.

La Canada Permanent persista dans son apathie, si ce n'est que le 26 mai 1969, lorsque les actions privilégiées de l'Inspiration, pour une raison inexplicable, montèrent à 18½, la suggestion fut faite à M^{me} Wohlleben que «nous pourrions nous délester un peu». Comme elle s'inquiétait du réinvestissement des produits d'une vente éventuelle, elle déclara vouloir consulter ses enfants. L'affaire en resta là.

Le 9 juin 1969, l'administrateur chargé du compte de la succession Wohlleben prépara, pour l'arrivée d'un cadre supérieur de la Canada Permanent à Vancouver, une note qui disait notamment:

[TRADUCTION] Contrôlée par la Power Corporation, l'Inspiration a, au cours des deux ou trois dernières années, subi de lourdes pertes. Toutefois, les perspectives d'avenir s'améliorent et, malgré la dépression actuelle du marché, la valeur des avoirs des deux patrimoines est considérablement supérieure à l'inventaire originaire de la Boyles.

La note ne comporte aucun commentaire sur la situation financière alarmante de l'Inspiration, pas plus qu'elle ne fait état d'un quelconque devoir de vendre pour protéger la succession.

Le 30 juillet 1969, le service des placements de Vancouver, dans une note adressée à M. Jakeway qui était alors l'administrateur chargé de la succession Wohlleben, fit la recommandation suivante:

[TRADUCTION] 2. Réduire au moins de moitié le portefeuille de 10,668 act. priv. de l'Inspiration.

Il a été convenu que d'une façon générale nous devrions maintenant nous défaire des actions de l'Inspiration.

The recommendation was not communicated to Mrs. Wohlleben and no action was taken by Canada Permanent to implement the recommendation.

The interim report, of Inspiration, dated June 30, 1969, issued September 10, 1969, commenced with these words:

Operating results for the first six months of 1969 were disappointing. The operating loss of \$1,230,000 and additional charges to deficit are the result of operating deficiencies and of the onerous burden placed on the ongoing entity by the past. Included in the latter are much higher interest costs servicing non-productive debt, abnormal overheads required to supervise the completion of various construction contracts and the larger than expected losses incurred due to the construction industry strikes of recent months.

On October 16, 1969, Mrs. Wohlleben reported to Canada Permanent that two former shareholders of Boyles had sold their shares of Inspiration.

Late in 1969 Inspiration's line of credit was reduced by its bankers. Power Corporation was obliged to guarantee \$2,500,000 of Inspiration's bank loan. The auditors recommended reorganization, including deferment of the notes of the former shareholders of Boyles Bros. and a bank guarantee by Power Corporation of an additional \$5,500,000. The new financial plan would have reduced the holdings of common shareholders of Inspiration to one-tenth by consolidation on a one for ten basis, subordinated all rights of the preferred shareholders to those of the holders of new preferred shares, and deferred payment of the notes. These plans were discussed by an officer of Power Corporation and a trust officer of Canada Permanent on November 17, 1969. Two days later Mrs. Wohlleben telephoned Canada Permanent to say that she wanted to sell Inspiration shares but she was told, incorrectly it would appear, that the trustees were "insiders" and that stock exchange regulations would prohibit sale. The reorganization and recapitalization plans were abandoned on January 20, 1970, when Power Corporation, according to its 1969 annual report, concluded that Inspiration's financial circumstances "had

La recommandation ne fut pas communiquée à M^{me} Wohlleben et aucune mesure ne fut prise par la Canada Permanent pour y donner suite.

Le rapport provisoire de l'Inspiration du 30 juin 1969, publié le 10 septembre 1969, commençait ainsi:

[TRADUCTION] Les résultats d'exploitation pour les six premiers mois de 1969 ont été décevants. Les pertes d'exploitation de \$1,230,000, auxquelles viennent s'ajouter d'autres charges passées au déficit, proviennent de problèmes d'exploitation et du lourd fardeau que le passé fait peser sur l'organisation actuelle. Au compte de ce dernier il faut mettre des frais d'intérêts beaucoup plus élevés pour la dette non productive, des frais généraux anormaux de supervision pour l'achèvement de divers contrats de construction et des pertes plus élevées que prévu dues aux grèves de l'industrie de la construction ces derniers mois.

Le 16 octobre 1969, M^{me} Wohlleben fit savoir à la Canada Permanent que deux anciens actionnaires de la Boyles avaient vendu leurs actions de l'Inspiration.

A la fin de 1969, les banquiers de l'Inspiration réduisirent son découvert autorisé. La Power Corporation fut obligée de garantir un emprunt bancaire de l'Inspiration de \$2,500,000. Les vérificateurs recommandèrent une réorganisation, ainsi que le paiement différé des billets des anciens actionnaires de la Boyles Bros. et une garantie bancaire par la Power Corporation de \$5,500,000 supplémentaires. Le nouveau plan financier aurait réduit des neuf dixièmes le portefeuille des actionnaires ordinaires par consolidation sur la base d'une action pour dix, aurait subordonné tous les droits des actionnaires privilégiés à ceux des détenteurs de nouvelles actions privilégiées et aurait différé le paiement des billets. Ces plans furent discutés par un administrateur de la Power Corporation et un administrateur de la Canada Permanent le 17 novembre 1969. Deux jours plus tard, M^{me} Wohlleben téléphona à la Canada Permanent pour dire qu'elle voulait vendre les actions de l'Inspiration, mais on lui répondit, à tort semble-t-il, que les fiduciaires étaient des «initiés» et que la réglementation boursière ferait obstacle à la vente. Les projets de réorganisation et de refonte du capital furent abandonnés le 20 janvier 1970 lors-

become such that further shareholder support could not be justified". Inspiration thereupon made a proposal under the *Bankruptcy Act*.

During 1969 the stock market values of the shares of Inspiration fluctuated from 16 - 17 in January to 8⁵ - 10⁶ in December for the preferred shares and from 1.40 - 1.60 in January to .45 - .65 in December for the common shares.

V

Traditionally, the standard of care and diligence required of a trustee in administering a trust is that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs (*Learoyd v. Whiteley*², at p. 733; *Underhill's Law of Trusts and Trustees*, 12th ed., art. 49; *Restatement of the Law on Trusts*, 2nd ed., para. 174) and traditionally the standard has applied equally to professional and non-professional trustees. The standard has been of general application and objective though, at times, rigorous. There has been discussion of the question whether a corporation which holds itself out, expressly or impliedly, as possessing greater competence and ability than the man of ordinary prudence should not be held to a higher standard of conduct than the individual trustee. It has been said by some that a higher standard of diligence and knowledge is expected from paid trustees: *Underhill's Law of Trusts and Trustees*, art. 49, relying upon *obiter* of Harman J. in *Re Waterman's Will Trusts*; *Lloyds Bank, Ltd. v. Sutton*³, at p. 1055, and upon *dicta* found in *National Trustees Co. of Australasia v. General Finance Co. of Australasia*⁴, a case which did not turn upon the imposition of a greater or lesser duty but upon the relief to which a corporate trustee might be entitled under the counterpart of s. 98 of the *Trustee Act* of British Columbia, to which I have earlier referred.

² (1887), 12 App. Cas. 727.

³ [1952] 2 All E. R. 1054.

⁴ [1905] A.C. 373 (P.C.).

que la Power Corporation, selon son rapport annuel de 1969, en vint à la conclusion que la situation financière de l'Inspiration [TRADUCTION] «était devenue telle qu'on ne pouvait plus justifier un appui supplémentaire des actionnaires». Sur quoi l'Inspiration fit une proposition en vertu de la *Loi sur la faillite*.

En 1969, la valeur en bourse des actions de l'Inspiration fluctua de 16 - 17 en janvier à 8⁵ - 10⁶ en décembre pour les actions privilégiées et de 1.40 - 1.60 en janvier à \$0.45 - \$0.65 en décembre pour les actions ordinaires.

V

Traditionnellement, le soin et la diligence que l'on exige d'un fiduciaire dans l'administration d'une fiducie sont ceux qu'un bon père de famille apporte à l'administration de ses propres affaires (*Learoyd c. Whiteley*², à la p. 733; *Underhill's Law of Trusts and Trustees*, 12^e éd., art. 49; *Restatement of the Law on Trusts*, 2^e éd., par. 174) et, traditionnellement, le critère a été appliqué aussi bien aux fiduciaires professionnels qu'aux non professionnels. Il s'agit d'un critère objectif et d'application générale, quoique parfois rigoureux. Il y a eu des discussions sur le point de savoir si une compagnie qui se présente elle-même, expressément ou implicitement, comme possédant une compétence et une habileté supérieures à celle du bon père de famille ne devrait pas être assujettie à des normes plus sévères qu'un particulier. Il a été parfois dit que les fiduciaires rémunérés doivent faire preuve de plus de diligence et de connaissances: *Underhill's Law of Trusts and Trustees*, art. 49, s'appuyant sur un *obiter* du juge Harman dans l'affaire in *Re Waterman's Will Trusts*, *Lloyds Bank, Ltd. v. Sutton*³, à la p. 1055, et sur des *dicta* exprimés dans l'affaire *National Trustees Co. of Australasia v. General Finance Co. of Australasia*⁴, où il ne s'agissait pas de déterminer la mesure des devoirs du fiduciaire mais de savoir si une compagnie fiduciaire pouvait être exonérée en vertu de l'équivalent de l'art. 98 de la *Trustee Act* de la Colombie-Britannique, auquel je me suis déjà référé.

² (1887), 12 App. Cas. 727.

³ [1952] 2 All E.R. 1054.

⁴ [1905] A.C. 373 (P.C.).

In the case at bar the trial judge held that the law required a higher standard of care from a trustee who charged a fee for his professional services than from one who acted gratuitously. Mr. Justice Bull, delivering the judgment of the Court of Appeal, was not prepared to find, and held it unnecessary to find that a professional trustee, by virtue of that character and consequential expertise, had a greater duty to a *cestui-que* trust than a lay trustee.

The weight of authority to the present, save in the granting of relief under remedial legislation such as s. 98 of the *Trustee Act*, has been against making a distinction between a widow, acting as trustee of her husband's estate, and a trust company performing the same role. Receipt of fees has not served to ground, nor to increase exposure to, liability. Every trustee has been expected to act as the person of ordinary prudence would act. This standard, of course, may be relaxed or modified up to a point by the terms of a will and, in the present case, there can be no doubt that the co-trustees were given wide latitude. But however wide the discretionary powers contained in the will, a trustee's primary duty is preservation of the trust assets, and the enlargement of recognized powers does not relieve him of the duty of using ordinary skill and prudence, nor from the application of common sense.

Whether the testator intends a power of postponement to mean retention permanently or only until the trustees can sell advantageously will depend upon construction of the trust instrument: *Re Inman, Inman v. Inman*⁵. The right to hold may be held to be ancillary and subsidiary to the basic duty to convert and to invest: *Royal Trust Co. and McMurray v. Crawford et al.*⁶ Such was the construction, I think properly, placed upon the will in the instant case by the trial judge and by the Court of Appeal. What is a reasonable delay in selling will depend upon the particular circum-

En l'espèce, le juge de première instance a décidé que le droit exigeait plus de soin d'un fiduciaire qui perçoit des honoraires pour ses services professionnels que de celui qui agit gratuitement. Le juge Bull, qui a rendu le jugement de la Cour d'appel, n'était pas acquis à cette idée et a jugé qu'il était inutile de poser en règle qu'un fiduciaire professionnel a, en cette qualité et en raison de l'expérience qui en résulte, plus de devoirs envers le bénéficiaire d'une fiducie qu'un fiduciaire non professionnel.

Sauf pour accorder l'exonération prévue par des dispositions protectrices comme l'art. 98 de la *Trustee Act*, l'ensemble de la jurisprudence s'est montré jusqu'ici hostile à toute distinction entre une veuve qui administre la succession de son mari et une compagnie de fiducie qui joue le même rôle. On n'a pas été jugé responsable, ni plus exposé à l'être, parce que l'on recevait des honoraires. Il a été exigé de tout fiduciaire qu'il agisse en bon père de famille. Ce critère peut, évidemment, être adouci ou modifié jusqu'à un certain point par les clauses d'un testament et, dans le cas présent, il n'est pas douteux que les co-fiduciaires avaient reçu beaucoup de latitude. Mais si larges que soient les pouvoirs discrétionnaires accordés dans un testament, le premier devoir du fiduciaire est la préservation des biens en fiducie et l'élargissement des pouvoirs habituellement reconnus ne le relève pas de son devoir de faire preuve d'un discernement et d'une prudence ordinaires, ni ne le dispense de recourir au bon sens.

Il faut interpréter l'acte de fiducie pour savoir si, lorsque le testateur donne un pouvoir de différer, il entend par là autoriser la conservation des biens en permanence ou seulement jusqu'à ce que les fiduciaires puissent les vendre avantageusement: *Re Inman, Inman v. Inman*⁵. Le droit de conserver peut être jugé accessoire et subordonné au devoir principal de réalisation et de placement: *Royal Trust Co. and McMurray c. Crawford et al.*⁶ C'est en ce sens, et avec raison me semble-t-il, que, dans la présente affaire, le juge de première instance et la Cour d'appel ont interprété le testament. Le

⁵ [1915] 1 Ch. 187.

⁶ [1955] S.C.R. 184.

⁵ [1915] 1 Ch. 187.

⁶ [1955] R.C.S. 184.

stances but where the duty of the trustee is to sell, call in and convert to investments authorized for trustees a heavy burden rests upon a trustee, where loss is suffered by reason of retention of speculative non-trustee securities, to show that the delay in selling was reasonable and proper in all the circumstances.

A trustee must also be alert to changes in the fortunes of the companies represented in the portfolio of the trust estate. It is not expected that he will sell hastily at a sacrifice, since a power to postpone and retain will generally entitle him to hold for an advantageous sale, but such a power has never had the effect of converting non-trustee securities into trustee securities.

During argument there was some discussion as to the obligation of one trustee to keep a co-trustee informed. In my view where an asset of the character of the Inspiration shares is involved, constituting the principal asset of the estate, a duty rested upon Canada Permanent to keep its co-trustee as fully informed as possible as to any information touching upon the shifting fortunes of Inspiration.

VI

Applying the foregoing principles to the facts of this case, I do not think it can be doubted that Canada Permanent breached the duty which it owed the residuary beneficiaries of the Wohlleben estate. It is not necessary to decide whether a higher standard of diligence should be applied to the paid professional trustee, for Canada Permanent failed by any test. No one in that organization would seem to have brought his mind to bear upon the relative merits, and dangers, of retention and disposition of the shares with which we are concerned. It is not with the prescience of hindsight that one may conclude that the Inspiration shares should have been sold during the period of two and one-half years following acquisition. Notwithstanding recognition by Canada Permanent during the negotiations antedating the exchange

point de savoir si la vente a été raisonnablement retardée dépend des circonstances de chaque espèce, mais lorsqu'un fiduciaire a le devoir de vendre, de faire rentrer les fonds et de convertir dans des placements permis aux fiduciaires, il a le lourd fardeau de prouver, en cas de pertes entraînées par la conservation de valeurs spéculatives non fiduciaires, qu'il était raisonnable et approprié de retarder la vente dans les circonstances.

Un fiduciaire doit également se montrer attentif aux fortunes changeantes des compagnies représentées dans le portefeuille de la succession qui lui a été confiée. On n'attend pas de lui qu'il vende hâtivement à perte, puisqu'il sera généralement investi d'un pouvoir de différer et de conserver qui lui permettra d'attendre une vente avantageuse; mais un tel pouvoir n'a jamais eu pour effet de convertir des valeurs non fiduciaires en valeurs fiduciaires.

Durant les plaidoiries, il y a eu quelque discussion sur l'obligation qu'a un fiduciaire de tenir son co-fiduciaire au courant. De mon point de vue, devant une succession dont l'actif principal était constitué par des biens de la nature des actions de l'Inspiration, la Canada Permanent avait le devoir de renseigner aussi complètement que possible sa co-fiduciaire sur les fortunes diverses de l'Inspiration.

VI

Si l'on applique les principes qui précèdent à la présente espèce, je pense qu'il n'est pas douteux que la Canada Permanent a violé les devoirs qu'elle avait envers les légataires universels de la succession Wohlleben. Il n'est pas nécessaire de se prononcer sur le point de savoir si les fiduciaires professionnels rémunérés sont tenus à plus de diligence que les autres, car, quel que soit le critère, la Canada Permanent n'y a pas satisfait. Personne, dans cet organisme, ne semble s'être arrêté aux avantages et aux dangers respectifs qu'il y avait à conserver les actions en question ou à en disposer. Ce n'est pas en rétrospective que l'on peut conclure que les actions de l'Inspiration auraient dû être vendues dans les deux ans et demi qui ont suivi leur acquisition. Bien que la Canada Permanent ait reconnu elle-même, pendant les négociations

that the Inspiration shares would be speculative and that it would be desirable to extract an undertaking from Pembertons to take them off the hands of the shareholders of Boyles Bros. who received them, the trust officers in Vancouver sat idly by and allowed the shares progressively to decline in worth until they became valueless. Despite gathering storm clouds and successive presages of disaster, no attempt was made to market the shares. The vigilance, prudence and sagacity which the law expects of trustees was never apparent. After the acquisition, the Vancouver trust officers charged with supervision of the account, initially Mr. Donnelly and later Mr. Jakeway, would seem never to have consulted a senior officer of the company concerning the shares of Inspiration. There was no communication between Vancouver and Toronto as to retention or sale. The Vancouver advisory committee, the head office management, the head office investment committee, the board of directors were available but never consulted. Internal procedures proved inadequate and sterile. Apart from the annual review of the Vancouver investment committee which produced cryptic, handwritten, practically illegible notations, there would appear to have been no meetings at which sale was considered. No minutes are in evidence.

To a certain extent, the trustees may have been lulled into a state of inertia by the presence of Power Corporation as controlling shareholder of Inspiration and by the belief, which proved to be ill-founded, that Power Corporation would never allow a subsidiary to suffer the ignominy of bankruptcy. But after due allowance for all of that, there is simply no explanation for the languor shown in retaining shares in a venture known to be speculative, for an extended period, during which period the market afforded ample opportunity for profitable sale. Canada Permanent was never seized with a sense of urgency, yet the shares constituted over sixty per cent of the assets of a substantial estate.

préalables à l'échange, que les actions de l'Inspiration seraient spéculatives et qu'il serait désirable d'arracher à la maison Pemberton l'engagement de les reprendre des mains des actionnaires de la Boyles Bros. qui les avaient reçues, les administrateurs fiduciaires de Vancouver se sont croisés les bras et ont laissé les actions baisser progressivement jusqu'à ce qu'elles ne valent plus rien. Malgré l'amoncellement de gros nuages et des présages répétés de désastre, rien n'a été tenté pour négocier les actions. La vigilance, la prudence et la sagacité que la loi exige des fiduciaires ne se sont jamais manifestées. Après l'acquisition, les administrateurs fiduciaires de Vancouver chargés de suivre le compte, au début M. Donnelly et plus tard M. Jakeway, semblent n'avoir jamais consulté un cadre supérieur de la compagnie au sujet des actions de l'Inspiration. Aucune communication n'a eu lieu entre Vancouver et Toronto concernant leur conservation ou leur vente. Le comité consultatif de Vancouver, la direction du siège social, le comité des placements du siège social, le conseil d'administration étaient là, mais n'ont jamais été consultés. Les procédures internes se sont révélées inadéquates et stériles. Mis à part l'examen annuel du comité des placements de Vancouver où l'on griffonna quelques notes obscures et pratiquement illisibles, il semble qu'il n'y ait eu aucune réunion où la vente ait été envisagée. Aucun procès-verbal n'a été versé en preuve.

Dans une certaine mesure, les fiduciaires ont pu être endormis par le fait que la Power Corporation contrôlait majoritairement l'Inspiration et par la croyance, qui devait se révéler mal fondée, que la Power Corporation ne laisserait jamais une filiale subir l'infamie de la faillite. Mais même en tenant compte de cela, il n'est tout simplement pas possible d'expliquer l'apathie qui les a conduits à conserver des actions dans une entreprise dont le caractère spéculatif était connu et, ceci, pendant une période prolongée durant laquelle le marché leur a amplement fourni l'occasion de vendre de façon profitable. La Canada Permanent n'a jamais été saisie par le sentiment de l'urgence, encore que les actions constituassent plus de soixante pour cent de l'actif d'une importante succession.

The refusal of Mrs. Wohlleben to respond affirmatively to three or four half-hearted suggestions for sale is not sufficient to protect her co-trustee. At no time did Canada Permanent make an intelligent analysis followed by a firm recommendation, supported by reasons. At most, Mrs. Wohlleben was told the obvious truism that it was not wise to have too many eggs in one basket. Although familiar with the passed dividends and the note defaults it was not until November 1969, when Inspiration was *in extremis*, that Mrs. Wohlleben became aware of the grave financial condition of Inspiration. Canada Permanent had not forwarded to her the earlier annual reports or interim reports received by it. In any event, it would not have been enough for Canada Permanent merely to have acquiesced in the refusal of its co-trustee to sell; if after a recommendation and proper explanation Mrs. Wohlleben remained adamant, the proper course would have been to have applied to the Court for advice and directions.

At trial and in the Court of Appeal, Canada Permanent asked for relief under s. 98 of the *Trustee Act*. A trustee is not expected to be infallible nor is a trustee the guarantor of the safety of estate assets and I have no doubt that in an appropriate case a paid professional trustee may seek and obtain relief under s. 98. Section 98 in terms admits of that possibility. All of the circumstances would have to be considered, including whether the trustee was paid for its services: *National Trustees of Australasia v. General Finance Co. of Australasia*, *supra*, followed and applied in *Re Windsor Steam Coal Co. (1901), Ltd.*⁷ Among other relevant considerations is whether the breach was merely technical in nature or a minor error in judgment; whether decline in value of securities was attributable to general economic conditions; whether the trustee is someone who accepted a single trust to oblige a friend or is a company organized for the purpose of administering estates and presumably chosen in the expectation that it will have specialized departments and experienced

⁷ [1929] 1 Ch. 151.

Le refus de M^{me} Wohlleben de répondre affirmativement à trois ou quatre suggestions de vendre faites sans enthousiasme ne suffit pas à protéger sa co-fiduciaire. A aucun moment la Canada Permanent n'a procédé à une analyse intelligente de la situation, suivie d'une recommandation ferme et motivée. Tout au plus a-t-on dit à M^{me} Wohlleben, ce qui était l'évidence même, qu'il n'était pas sage d'avoir trop d'œufs dans le même panier. Quoiqu'elle fût au courant du défaut de paiement des dividendes passés et des billets, ce n'est qu'en novembre 1969, alors que l'Inspiration en était à la dernière extrémité, que M^{me} Wohlleben s'est rendue compte de la gravité de la situation financière de l'Inspiration. La Canada Permanent ne lui avait pas envoyé les rapports annuels ou provisoires qu'elle avait reçus antérieurement. De toute façon, il n'aurait pas suffi que la Canada Permanent acquiesce au refus de vendre de sa co-fiduciaire. Si, après recommandation et explications appropriées, M^{me} Wohlleben était demeurée inflexible, il aurait alors fallu s'adresser à la cour pour en obtenir les avis et instructions nécessaires.

En première instance et en appel, la Canada Permanent a demandé d'être déchargée de sa responsabilité en vertu de l'art. 98 de la *Trustee Act*. Un fiduciaire n'est pas tenu à l'infaillibilité, pas plus qu'il n'est le garant de la sécurité de l'actif de la succession, et je ne doute pas que, dans des cas appropriés, un fiduciaire professionnel rémunéré puisse se faire exonérer en vertu de l'art. 98. Celui-ci en admet expressément la possibilité. Toutes les circonstances doivent être prises en considération, y compris le fait que le fiduciaire est rémunéré pour ses services: *National Trustees of Australasia c. General Finance Co. of Australasia*, précité, suivi et appliqué dans l'affaire *Re Windsor Steam Coal Co. (1901), Ltd.*⁷. Parmi les autres facteurs à considérer figure la question de savoir si la violation est de nature purement procédurale ou repose sur une erreur mineure de jugement; si la baisse des valeurs est imputable à la situation économique générale; si le fiduciaire est quelqu'un qui a accepté une fiducie isolée pour obliger un ami ou est une compagnie organisée

⁷ [1929] 1 Ch. 151.

officials; above all, whether the conduct of the trustee was reasonable. The actions, or inaction, on the part of Canada Permanent which gave rise to the breach of trust in the present instance were not reasonable in my view. No case can possibly be made out for granting Canada Permanent relief under s. 98.

VII

We come now to quantum of damages. The measure is the actual loss which the acts or omissions have caused to the trust estate. There are various means which might have been adopted for the purpose of determining that loss. One method, selected by the trial judge, is to take the highest and lowest points reached by the shares during a base period. This method fails to take into account the frequency and strength and duration of price movement between high and low during the base period and it does not reflect volume of sales at various price levels. Nevertheless, it affords a rough means of calculation. The Court of Appeal accepted the method but altered the base period. The method was accepted by counsel for Canada Permanent in this Court.

Counsel for the appellants contends that there are four different ways in which the damages could be calculated and he urges that this Court select among (a), (c) and (d) following. These are:

(a) Adopting the trial judge. The judge selected the highest and lowest points reached during the period January 1967 to May 1969. Within that period, the preferred shares fluctuated from \$11 to \$24, with an average price of \$17.50 and the common shares fluctuated from 90¢ to \$1.95, with an average price of \$1.42. Applying these figures:

44872	common shares	@ \$ 1.42	\$ 63,718.00
10668	preferred	@ \$17.50	186,690.00
			<u>\$250,408.00</u>

dans le but d'administrer des successions et dont on peut présumer qu'elle a été choisie parce qu'elle est censée posséder des services spécialisés et un personnel d'expérience; et, par-dessus tout, si la conduite du fiduciaire a été raisonnable. A mon avis, les actes, ou l'inaction, qui ont conduit la Canada Permanent à violer la fiducie en l'espèce, n'étaient pas raisonnables. Rien ne justifie l'exonération de cette dernière en vertu de l'art. 98.

VII

Nous en venons maintenant au montant des dommages. Il doit correspondre à la perte réelle que les actes ou omissions ont fait subir à la succession. On peut adopter plusieurs méthodes de calcul. L'une d'elles, choisie par le juge de première instance, consiste à prendre les cotes les plus élevées et les plus basses atteintes par les actions durant la période de référence. Cette méthode ne tient pas compte de la fréquence, de l'intensité et de la durée des mouvements de hausse et de baisse pendant la période de référence et elle ne reflète pas le volume des ventes aux divers niveaux de prix. Néanmoins, elle fournit un mode de calcul approximatif. La Cour d'appel a accepté la méthode mais a modifié la période de référence. La méthode a été acceptée par l'avocat de la Canada Permanent devant notre Cour.

L'avocat des appelants prétend qu'il y a quatre façons différentes de calculer les dommages et il demande à cette Cour de choisir entre les solutions a), c) ou d). Voici les quatre solutions:

a) Solution du premier juge. Le juge a pris les cotes les plus hautes et les plus basses atteintes entre janvier 1967 et mai 1969. Durant cette période, les actions privilégiées ont varié de \$11 à \$24, avec un prix moyen de \$17.50 et les actions ordinaires ont varié de 90 cents à \$1.95, avec un prix moyen de \$1.42. En appliquant ces chiffres, on obtient:

44872	actions ordinaires	à \$ 1.42	\$ 63,718.00
10668	actions privilégiées	à \$17.50	186,690.00
			<u>\$250,408.00</u>

(b) Adopting the Court of Appeal. The Court of Appeal considered that the trustees were under a duty to sell over the several years when a market was available but there could be no complaint for failing to liquidate during 1967. The base period which the Court favoured commenced in May 1968 and continued until the shares were delisted in December 1969. Within this period, the average market price of the preferred shares was \$14.30 and of the common shares \$1.20. Applying these figures:

44872 common shares	@ \$ 1.20	\$ 53,846.40
10668 preferred "	@ \$14.30	152,552.40
		<u>\$206,398.80</u>

(c) Adopting the figures given by Mr. Purchase, assistant general manager, treasurer and head of the Investment Department of Canada Permanent. He testified in chief as follows:

Q. Now, subsequent to the merger or the share-exchange what could have happened to a former Boyles shareholder who had wished to realise upon his shares?

A. Are you talking of a small shareholder?

Q. No. One of the larger ones. I'm talking now about after the whole arrangement was through and Inspiration was listed on the Toronto Stock Exchange.

A. After the exchange was through?

Q. Yes.

A. A Boyles shareholder in 1967, 1968 and 1969 had the opportunity to dispose of preferred shares. I would say at pretty close to \$20 a share because in each of those three years the high point at which preferred shares traded was in excess of \$20. They would have had the opportunity also in three years to dispose of common shares at \$1.75 because I believe in each of those three years the high price at which Inspiration common traded was in excess of \$1.75.

It was submitted that this was a statement against interest and that the values given by Mr. Purchase should be adopted in assessing damages. The award would then be \$292,000.

b) Solution de la Cour d'appel. La Cour d'appel a estimé que les fiduciaires avaient le devoir de vendre durant les années où il existait un marché, mais qu'il n'y avait pas de faute à n'avoir pas liquidé en 1967. La période de référence que la Cour a retenue allait de mai 1968 jusqu'à ce que les actions cessent d'être cotées en décembre 1969. Durant cette période, les actions privilégiées se sont négociées au prix moyen de \$14.30 et les actions ordinaires au prix moyen de \$1.20. En appliquant ces chiffres, on obtient:

44872 actions ordinaires	à \$ 1.20	\$ 53,846.40
10668 actions privilégiées	à \$14.30	152,552.40
		<u>\$206,398.80</u>

c) Solution fondée sur les chiffres fournis par M. Purchase, directeur général adjoint, trésorier et chef du service des placements de la Canada Permanent. En interrogatoire, il a témoigné ainsi:

[TRADUCTION] Q. Maintenant, à la suite de la fusion ou de l'échange qu'aurait-il pu arriver à un ancien actionnaire de la Boyles qui aurait souhaité réaliser ses actions?

R. Parlez-vous d'un petit actionnaire?

Q. Non. D'un des gros. Je parle maintenant de la période postérieure à l'arrangement et lorsque l'Inspiration a été cotée à la Bourse de Toronto.

R. Après que l'échange a été conclu?

Q. Oui.

R. Un actionnaire de la Boyles en 1967, 1968 et 1969 a eu l'occasion de disposer des actions privilégiées. Je dirais à tout près de \$20 l'action car pendant chacune de ces trois années le maximum auquel se négociaient les actions privilégiées était supérieur à \$20. On aurait eu l'occasion aussi durant les trois années de disposer des actions ordinaires à \$1.75 parce que je crois que pendant chacune de ces trois années le prix fort auquel se négociaient les ordinaires de l'Inspiration était supérieur à \$1.75.

On a prétendu qu'il y avait là un aveu et que les valeurs fournies par M. Purchase devaient être adoptées pour évaluer les dommages. Le montant alloué serait alors de \$292,000.

(d) On the basis of the Pemberton underwriting in April 1967, \$21.50 for the preferred shares, and \$1.80 for the common, totalling \$310,110.10.

I am satisfied that neither (c) nor (d) should be adopted. As to (d), Mrs. Wohlleben was opposed to selling at the price offered by Pembertons, particularly when the investment still appeared to be safe. The time required to get a court order to obviate her lack of consent would have been longer than the underwriters could allow. None of the other shareholders sold at that time. Method (d) was never advanced in the Courts below as a possible means of assessing damages. For these reasons I would reject (d).

As to (c), Mr. Purchase's evidence was no doubt tendered for the purpose of establishing that Canada Permanent was not improvident in approving the share exchange and that a Boyles Bros. shareholder could readily and profitably have divested himself of the Inspiration shares following the exchange. It might be poetic justice to hold Mr. Purchase and his employer to the figures he mentioned but I do not regard that as a proper course. His testimony affords some evidence of value but it really only reflects roughly the upper limits of stock exchange values reached by the shares. Highest value is not the sole criterion. All of the circumstances bearing on value must be considered. The trial judge and the Court of Appeal preferred an averaging of upper and lower values and I would agree. One could not expect to dispose of a substantial holding of shares at the top of the market. I would accordingly reject (c).

The choice is then between the calculations made by the trial judge and those of the Court of Appeal and I favour those of the trial judge. The major defect which, with respect, I would see in the approach taken by the Court of Appeal is that, having found that there was a plain duty to liquidate as opportunities arose, the Court then, in what would seem to be an inconsistent stance, held that it was not imprudent to defer sale until May 1968 and commenced the base period at that time.

d) Solution fondée sur la souscription de Pemberton en avril 1967, \$21.50 pour les actions privilégiées, et \$1.80 pour les ordinaires, pour un total de \$310,110.10.

Je pense qu'on ne doit adopter ni c) ni d). En ce qui concerne d), M^{me} Wohlleben ne voulait pas vendre au prix offert par la maison Pemberton, particulièrement à un moment où le placement paraissait encore sûr. Pour obtenir une ordonnance judiciaire pour passer outre à son refus, il aurait fallu plus de temps que les souscripteurs n'en pouvaient accorder. Aucun des autres actionnaires n'a vendu à ce moment. La méthode d) n'a jamais été proposée devant les premiers juges comme un moyen possible d'évaluer les dommages. Pour ces motifs, je rejetterais d).

En ce qui concerne c), on a sans doute fait témoigner M. Purchase pour établir que la Canada Permanent n'avait pas fait preuve d'imprévoyance en approuvant l'échange d'actions et qu'un actionnaire de la Boyles Bros. aurait pu se départir facilement et avantageusement des actions à la suite de l'échange. Ce serait peut-être la justice rêvée que de prendre M. Purchase et son employeur au piège des chiffres qu'il a lui-même mentionnés, mais cela ne me paraît pas convenir. Son témoignage indique en effet une valeur mais ne reflète en réalité qu'approximativement les plus hautes cotes que les actions ont atteintes en bourse. La valeur la plus élevée n'est pas le seul critère. Il faut prendre en considération toutes les circonstances influant sur la valeur. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont préféré établir une moyenne entre les valeurs extrêmes et je suis d'accord. On ne pouvait espérer disposer d'un important portefeuille d'actions au cours le plus élevé. Je rejetterais donc c).

Le choix doit donc se faire entre les calculs faits par le juge de première instance et ceux de la Cour d'appel et je suis en faveur des premiers. Le défaut majeur que me paraît, respectueusement, comporter la démarche de la Cour d'appel, c'est qu'après avoir estimé que le devoir de liquider existait pleinement dès que l'occasion s'en était présentée, la Cour a jugé, prenant une position qui ne semble guère cohérente, qu'il n'était pas imprudent de différer la vente jusqu'en mai 1968 et a fait débu-

The first bad news, that the dividend on the preferred shares would not be paid, was received in May 1968. I do not think that it is upon the receipt of bad news that a duty to liquidate arises. If, as the Court of Appeal held and I agree, a duty rested upon the trustees to dispose of the Inspiration shares, that duty was to dispose of the shares when this could be done advantageously. The shares could have been sold to advantage from January 1967 to May 1968. There was a continuing decline in the value of the preferred shares from August 1967 to May 1968 from 22⁶ to 13⁴. I agree with Mr. Justice Munroe that the base period began in January 1967. I also agree with him that it should terminate in May 1969, and that it should not be extended until the shares were delisted in December 1969. May 1969 marked the beginning of the end for Inspiration Limited and the period of possible advantageous sale could not be said to extend beyond that date. I would therefore measure damages in the manner of the trial judge, in the amount of \$250,408.

VIII

The third party proceedings, in which Canada Permanent seeks contribution and indemnity from Mrs. Wohlleben, and her claim for relief under s. 98 of the *Trustee Act* now fall to be considered. The policy of the law has been to afford a maximum degree of security and protection to the interests of beneficiaries of a trust estate. Each trustee normally is responsible to the beneficiaries for what occurs in the course of administration, subject to such exoneration as may be afforded by the terms of the will, or by statute, (as, for example, statutory exoneration given a trustee for the acts of others: s. 97 of the *Trustee Act*, *supra*) or by the exercise of the discretionary judicial power to give relief under legislation such as s. 98 of the *Trustee Act*. The law does not distinguish between active and passive trustees save when the terms of the trust so provide, *Mickleburgh v. Parker*⁸, at p.

⁸ (1870), 17 Gr. 503.

ter la période de référence à cette date. Les premières mauvaises nouvelles, à savoir que les dividendes sur les actions privilégiées ne seraient pas versés, sont arrivées en mai 1968. Je ne pense pas que ce soit à la réception de mauvaises nouvelles que naisse un devoir de liquider. Si, comme la Cour d'appel l'a jugé à bon droit, les fiduciaires avaient le devoir de se départir des actions de l'Inspiration, ce devoir était de le faire à un moment où cela pouvait être avantageux. Les actions auraient pu être vendues à des conditions avantageuses de janvier 1967 à mai 1968. Les actions privilégiées ont continuellement baissé d'août 1967 à mai 1968, de 22⁶ à 13⁴. Je suis d'accord avec le juge Munroe que la période de référence a commencé en janvier 1967. Je suis également d'accord avec lui qu'elle devait se terminer en mai 1969 et qu'elle ne devait pas être étendue jusqu'à ce que les actions aient cessé d'être cotées, en décembre 1969. Mai 1969 marque le commencement de la fin pour l'Inspiration Limited et on ne peut considérer que la période où il était possible de vendre avantageusement s'est étendue au-delà de cette date. Comme le juge de première instance, je fixerais donc le montant des dommages à \$250,408.

VIII

Il reste maintenant à considérer les procédures de mise en cause, par lesquelles la Canada Permanent appelle M^{me} Wohlleben en garantie, et la demande de celle-ci d'être dégagée de sa responsabilité en vertu de l'art. 98 de la *Trustee Act*. L'esprit de la loi est de procurer le maximum de sécurité et de protection aux intérêts des bénéficiaires d'une succession en fiducie. Tout fiduciaire répond normalement de son administration devant les bénéficiaires, sauf exonération accordée par les clauses du testament, par la loi (par exemple, exonération légale d'un fiduciaire pour les actes commis par des tiers, art. 97 de la *Trustee Act*, précité) ou par décision judiciaire discrétionnaire dans les cas prévus par la loi, comme l'art. 98 de la *Trustee Act*. Le droit ne distingue pas entre les fiduciaires actifs et passifs, sauf quand les clauses de la fiducie le prévoient, *Mickleburgh v. Parker*⁸,

⁸ (1870), 17 Gr. 503.

506. In accepting the trusteeship, Mrs. Wohlleben became obligated to exercise an independent judgment and she assumed a duty to the beneficiaries of the residuary estate which, in failing to sell the Inspiration shares in timely fashion, she breached. With certain exceptions, where two trustees owe a duty to the beneficiaries of an estate and that duty is breached, resulting in loss, the trustee called upon to make good the loss can look to the co-trustee for contribution, subject to s. 98. Canada Permanent, however, can look to Mrs. Wohlleben for contribution and indemnity only if she is liable to the beneficiaries for breach of trust; she is not liable if the Court relieves her pursuant to s. 98. See *Waters, Law of Trusts in Canada*, p. 855, for a few instances where one trustee has borne the entire burden for a breach of trust. Another instance would be where the Court relieves one trustee pursuant to legislation analogous to s. 98. Should Mrs. Wohlleben be relieved under s. 98?

Section 98 is remedial legislation, giving statutory recognition to the fact that the standard of conduct which courts have expected of trustees has been, at times and in certain circumstances, unduly harsh and inflexible: see "The Trustee's Duty of Skill and Care", (1973), 37 *The Conveyancer and Property Lawyer* (N.S.) 48. Section 98 permits the court or a judge to relieve a trustee from personal liability for breach of trust if the trustee has acted honestly and reasonably and ought fairly to be excused. Mrs. Wohlleben acted honestly. After careful reading of the evidence and examination of the exhibits, I have concluded that she also acted reasonably. Her acts were not greatly less nor more than might be expected of one in her position. At the death of her husband, she was a housewife with four young children. She had been a school teacher and she had taken a three months' night school course on "How to Invest your Money". That would seem to have been the extent of her business exposure. She was no doubt an intelligent young woman of independent mind who from time to time consulted a broker and the lawyer for the estate, but her investment experience was minimal and she was without experience in the administration of trust estates. She tried to

à la p. 506. En acceptant la fiducie, M^{me} Wohlleben assumait l'obligation d'exercer un jugement indépendant et se trouvait investie à l'égard des légataires universels d'un devoir qu'elle a violé en omettant de vendre en temps opportun les actions de l'Inspiration. Sauf certaines exceptions, quand deux fiduciaires ont un devoir envers les bénéficiaires d'une succession, que ce devoir est violé et qu'il en résulte une perte, le fiduciaire appelé à répondre de celle-ci peut appeler son co-fiduciaire en garantie, sous réserve de l'art. 98. Toutefois, la Canada Permanent ne peut appeler M^{me} Wohlleben en garantie que si elle est responsable envers les bénéficiaires d'une violation de fiducie; elle n'est pas responsable si le tribunal l'exonère conformément à l'art. 98. Voir *Waters, Law of Trusts in Canada*, p. 855 pour quelques cas où un seul fiduciaire a supporté l'entier fardeau d'une violation de fiducie. Un autre cas serait celui où un tribunal exonère l'un des fiduciaires en vertu d'une législation analogue à l'art. 98. M^{me} Wohlleben doit-elle être exonérée en vertu de l'art. 98?

L'article 98 est une disposition d'exception, destinée à remédier à la rigueur et à l'inflexibilité particulière avec lesquelles les tribunaux ont, à certaines époques et dans certaines circonstances, apprécié la conduite des fiduciaires: voir «The Trustee's Duty of Skill and Care» (1973), 37 *The Conveyancer and Property Lawyer* (N.S.) 48. L'article 98 permet à un tribunal ou à un juge de dégager un fiduciaire de toute responsabilité personnelle pour violation de fiducie, si celui-ci a agi honnêtement et raisonnablement et qu'il y aurait lieu en toute équité de l'excuser. M^{me} Wohlleben a agi honnêtement. Après avoir attentivement lu la preuve et examiné les pièces du dossier, j'en suis arrivé à la conclusion qu'elle a aussi agi raisonnablement. Elle n'a fait ni plus ni moins que ce que l'on pouvait attendre d'une personne dans sa situation. A la mort de son mari, elle était ménagère avec quatre jeunes enfants. Elle avait été institutrice et avait suivi pendant trois mois des cours du soir sur «Comment placer votre argent». Il semblerait que là se soient limités ses contacts avec les affaires. Elle est sans aucun doute une jeune femme intelligente, indépendante d'esprit, qui consultait à l'occasion un courtier et l'avocat de la succession, mais son expérience des investissements

the best of her ability to keep herself informed but Canada Permanent failed to make known to her the contents of papers which were essential to informed opinion. She tried to respond but from less than complete information. She made all decisions which she was asked to make within the limits of her experience and knowledge, and I cannot find that at any time she failed to listen to reason or that she responded irrationally or obdurately. In short, it would seem to me that this is the very sort of case for which s. 98 of the *Trustee Act* was intended and that Mrs. Wohlleben ought fairly to be excused for her breach of trust.

In view of the conclusion which has been reached in the Courts below, and in this Court, that Canada Permanent was not negligent nor in breach of trust in agreeing to the exchange of Boyles Bros. shares for those of Inspiration Limited, Mrs. Wohlleben's claim for interest and income on her interest in the estate must fail.

I would, accordingly,

- (a) allow the appeal, set aside the award of damages made by the Court of Appeal for British Columbia and fix damages at \$250,408, with costs.
- (b) dismiss the third party claim brought by Canada Permanent Trust Company against Mrs. Wohlleben, with costs in this Court and in the Court of Appeal for British Columbia.
- (c) dismiss the cross-appeal brought by Mrs. Wohlleben against Canada Permanent Trust Company, without costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the plaintiffs, appellants: Lawrence & Shaw, Vancouver.

Solicitors for the third party, appellant: Braidwood, Nuttall & Co., Vancouver.

Solicitors for the defendant, respondent: Ladner, Downs & Co., Vancouver.

était mince et celle de l'administration des successions en fiducie inexistante. Elle a fait de son mieux pour se tenir informée, mais la Canada Permanent a omis de lui faire connaître la teneur de documents essentiels à la formation d'une opinion éclairée. Elle a essayé d'agir en fonction de renseignements rien moins que complets. Elle a pris toutes les décisions qu'on lui a demandé de prendre dans les limites de son expérience et de ses connaissances, et je ne vois pas qu'à aucun moment elle ait refusé d'entendre raison ou qu'elle ait réagi irrationnellement ou avec entêtement. En somme, il me semble que c'est exactement le genre de cas pour lequel l'art. 98 de la *Trustee Act* a été adopté et qu'il y a lieu d'excuser M^{me} Wohlleben d'avoir violé la fiducie.

Vu qu'il a été décidé par les tribunaux d'instance inférieure aussi bien que par cette Cour, que la Canada Permanent n'avait pas fait preuve de négligence ni violé la fiducie en consentant à l'échange des actions de la Boyles Bros. contre celles de l'Inspiration Limited, la demande de M^{me} Wohlleben pour perte de revenus et intérêts sur ses droits à la succession doit être rejetée.

En conséquence, je suis d'avis

- a) d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique quant au montant des dommages et fixer ceux-ci à \$250,408, avec dépens.
- b) de rejeter la demande en garantie portée par la Canada Permanent Trust Company contre M^{me} Wohlleben, avec dépens devant cette Cour et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.
- c) de rejeter l'appel incident de M^{me} Wohlleben contre la Canada Permanent Trust Company, sans dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs des demandeurs, appellants: Lawrence & Shaw, Vancouver.

Procureurs de la mise en cause, appelante: Braidwood, Nuttall & Co., Vancouver.

Procureurs de la défenderesse, intimée: Ladner, Downs & Co., Vancouver.

**International Airport Industrial Park
Limited Appellant;**

and

**Max Tanenbaum and Sheva Fischtein, Alan
C. Wilson, Executors of The Estate of Motek
Fischtein, Deceased Respondents.**

1976: June 23; 1976: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Contracts — Privity of contract — Agreements in
writing to develop land — Consideration — Motion for
nonsuit allowed at trial.*

Appellant sued Tanenbaum and Motek Fischtein for breach of contract alleging that by agreements in writing the latter were to participate in a scheme for development of lands owned by appellant. The trial judge allowed a motion for nonsuit on the basis that there was no privity of contract between Tanenbaum and appellant with respect to the agreement to develop the land. The Court of Appeal dismissed the appeal without written reasons. On further appeal appellant argued that the trial judge had erred in finding no privity of contract and allowing the nonsuit motion.

Held: The appeal should be dismissed.

The agreement did not establish that appellant had any contractual relationship with Tanenbaum with respect to development of the property. Further even if privity were found appellant would still fail as it did not establish that Tanenbaum or Fischtein breached their obligations.

Adam v. Newbigging (1888), 13 App. Cas. 308, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing without written reasons an appeal from a judgment of O'Driscoll J. at trial allowing a motion for nonsuit and dismissing an action for breach of contract. Appeal dismissed.

Claude R. Thomson, Q.C., for the appellant.

B. Freesman and *G. B. Cooper*, for the respondents.

**International Airport Industrial Park
Limited Appelante;**

et

**Max Tanenbaum et Sheva Fischtein, Alan C.
Wilson, exécuteurs de la succession de feu
Motek Fischtein Intimés.**

1976: le 23 juin; 1976: le 5 octobre.

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

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

*Contrats — Lien contractuel — Conventions écrites
pour l'aménagement de terrains — Contrepartie —
Requête de non-lieu accueillie en première instance.*

L'appelante a poursuivi Tanenbaum et Motek Fischtein pour inexécution de contrat, alléguant que, selon des conventions écrites, ce dernier devait participer à un projet de mise en valeur de terrains appartenant à l'appelante. Le juge de première instance a accueilli une requête de non-lieu au motif qu'il n'existait pas de lien contractuel entre Tanenbaum et l'appelante relativement à la convention de mise en valeur des terrains. La Cour d'appel a rejeté l'appel, sans motifs écrits. Au pourvoi, l'appelante a argué que le juge de première instance avait erré en concluant qu'il n'y avait pas de lien contractuel et en accueillant la requête de non-lieu.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

La convention n'a pas établi qu'il existait un lien contractuel entre l'appelante et Tanenbaum relativement à l'aménagement du terrain. De plus, même si l'on concluait à l'existence d'un lien de droit, l'appelante n'aurait pas gain de cause, parce qu'elle n'a pas établi que Tanenbaum ou Fischtein n'ont pas exécuté leurs obligations.

Distinction faite avec l'arrêt: *Adam v. Newbigging* (1888), 13 App. Cas. 308.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rejetant, sans motifs écrits, un appel interjeté d'un jugement rendu en première instance par le juge O'Driscoll, accueillant une requête de non-lieu et rejetant une action pour inexécution de contrat. Pourvoi rejeté.

Claude R. Thomson, c.r., pour l'appelante.

B. Freesman et *G. B. Cooper*, pour les intimés.

The judgment of the Court was delivered by

JUDSON J.—The appellant, International Airport Industrial Park Limited, sued Max Tanenbaum and the estate of Motek Fischtein for breach of contract, claiming damages and declaratory relief. At trial, the defendant Tanenbaum moved for non-suit on the grounds that there was no privity of contract between him and the plaintiff. After examining two written agreements, one between Tanenbaum and Fischtein, the other between Fischtein and International, O'Driscoll J. found that there was no privity of contract between Tanenbaum and International. He allowed the motion for non-suit and dismissed the action against both defendants since the plaintiff had indicated that it would not proceed solely against the estate of Motek Fischtein. The plaintiff appealed to the Court of Appeal for Ontario which dismissed the appeal without giving written reasons. Before this Court, the plaintiff sought to establish that the trial judge had erred in finding no privity of contract and allowing the motion for non-suit.

The record discloses the following material facts. International Airport Industrial Park Limited, a company controlled by its president Louis Mayzel, was the owner of 173 acres of land in Oakville, Ontario, known as "the Jackson property". The land was vacant, with 38 acres zoned industrial and the rest zoned agricultural. It was mortgaged to John F. Easterbrook to secure \$200,000 and was also subject to a blanket mortgage for \$750,000 held by Jacob C. Oelbaum, trustee, which covered several properties owned by companies controlled by Louis Mayzel. Mayzel and his son were personally liable on the two mortgages.

By November 1965, the \$200,000 mortgage to Easterbrook was in foreclosure. The redemption period had been extended on condition that \$50,000 be paid to the mortgagee by December 4, 1965, but Mayzel and his companies were seriously in debt and could not meet this condition. Mayzel approached several people for financing, including Max Tanenbaum. Mayzel testified that

L'arrêt de la Cour a été rendu par

LE JUGE JUDSON—L'appelante, International Airport Industrial Park Limited, poursuit Max Tanenbaum et la succession de Motek Fischtein pour inexécution de contrat, demandant des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire. Au cours du procès, le défendeur Tanenbaum a présenté une requête de non-lieu, au motif qu'il n'existait pas de lien contractuel entre lui et la demanderesse. Après avoir examiné deux conventions écrites, l'une entre Tanenbaum et Fischtein, l'autre entre Fischtein et International, le juge O'Driscoll a conclu que c'était le cas. Il a donc accueilli la requête de non-lieu et a rejeté l'action intentée contre les deux défendeurs, car la demanderesse avait indiqué qu'elle ne procéderait pas à l'encontre de la succession de Motek Fischtein seulement. La demanderesse en a appelé à la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté l'appel, sans motifs écrits. Devant cette Cour, la demanderesse a cherché à établir que le juge du procès avait erré en concluant qu'il n'y avait pas de lien contractuel et en accueillant la requête de non-lieu.

Le dossier révèle les faits importants suivants. International Airport Industrial Park Limited, compagnie dont le président Louis Mayzel est actionnaire majoritaire, était propriétaire de 173 acres de terrain à Oakville (Ontario) connues sous le nom de «propriété Jackson». Le terrain était vacant. Il comprenait 38 acres à zonage industriel, le reste étant dans une zone agricole. Il était hypothéqué en faveur de John F. Easterbrook en garantie de \$200,000 et était également grevé d'une hypothèque générale de \$750,000 détenue par Jacob C. Oelbaum, fiduciaire, qui couvrait plusieurs propriétés appartenant à des compagnies où Louis Mayzel était actionnaire majoritaire. Ce dernier et son fils avaient personnellement garanti ces deux prêts hypothécaires.

En novembre 1965, l'hypothèque de \$200,000 en faveur de Easterbrook était en instance de forclusion. Le délai de rachat avait été prorogé à la condition que \$50,000 fussent payés au créancier hypothécaire le 4 décembre 1965 au plus tard, mais Mayzel et ses compagnies étaient sérieusement endettés et ne pouvaient pas remplir cette condition. Mayzel entra en contact avec plusieurs

Tanenbaum declined to go into partnership with him on the land, but indicated that he might be interested in buying the property. Motek Fischtein finally arranged a transaction to "rescue" the land from foreclosure. It was agreed that Allan C. Wilson, as trustee for an unnamed party, would obtain assignments of the mortgages and redeem the property. The unnamed party, whose identity was not disclosed to Mayzel, was Max Tanenbaum.

On November 8, 1965, Mayzel on behalf of International signed a document which stated that Jacob C. Oelbaum, trustee, had agreed to assign to International his mortgage, insofar as it affected the Jackson property, and his right to redeem the property; that International consented to this mortgage being assigned to Wilson, trustee, upon payment to Oelbaum of \$20,000 plus \$500 costs; and that International agreed to transfer to Wilson, trustee, all its interest in the land for \$16,000 (the amount paid by International for an extension of the redemption period on the Oelbaum mortgage) and other consideration. This agreement was signed only by International.

On November 30, 1965, Jacob C. Oelbaum, trustee, entered an agreement with Wilson, trustee, to assign his mortgage, insofar as it related to the Jackson property, for a consideration of \$20,000. The assignment was registered December 17, 1965. On December 1, 1965, Mayzel on behalf of International executed a quitclaim deed in favour of Wilson, trustee, but did not deliver it until February 4, 1966.

On December 7, 1965, Fischtein, who had arranged for the financing from Tanenbaum to "rescue" International from foreclosure, entered into the following agreement with Wilson, as trustee for Tanenbaum:

"WHEREAS the Trustee (Wilson) is the registered owner of certain lands in the Town of Oakville, more particularly described in Schedule A attached hereto;

personnes, y compris Max Tanenbaum, en vue d'obtenir un financement. Mayzel a témoigné que Tanenbaum avait refusé de s'associer avec lui pour le terrain, mais qu'il avait indiqué qu'il pourrait être intéressé à l'acheter. Motek Fischtein finit par monter une opération pour «sauver» le terrain de la forclusion. Il fut convenu que Allan C. Wilson, fiduciaire pour un tiers qui n'était pas nommé, obtiendrait une cession des hypothèques et rachèterait la propriété. Le tiers non nommé, dont l'identité ne fut pas révélée à Mayzel, était Max Tanenbaum.

Le 8 novembre 1965, Mayzel signa au nom d'International un document déclarant que Jacob C. Oelbaum, fiduciaire, avait consenti à céder à International son hypothèque, pour autant qu'elle grevait la propriété Jackson, et son droit de racheter la propriété; qu'International consentait à ce que cette hypothèque fût cédée à Wilson, fiduciaire, contre paiement à Oelbaum de \$20,000 plus \$500 à titre de frais et qu'International consentait au transfert à Wilson, fiduciaire, de tous ses droits dans le terrain contre \$16,000 (montant payé par International pour une prorogation du délai de rachat de l'hypothèque Oelbaum) et autre contrepartie. Cette convention fut signée par International seulement.

Le 30 novembre 1965, Jacob C. Oelbaum, fiduciaire, convint avec Wilson, fiduciaire, de lui céder son hypothèque relativement à la propriété Jackson contre paiement de \$20,000. La cession fut enregistrée le 17 décembre 1965. Le 1^{er} décembre 1965, Mayzel, au nom d'International, signa un acte de transfert en faveur de Wilson, fiduciaire, mais ne le remit pas avant le 4 février 1966.

Le 7 décembre 1965, Fischtein, qui avait obtenu le financement de Tanenbaum pour «sauver» International de la forclusion, signa la convention suivante avec Wilson, en qualité de fiduciaire de Tanenbaum:

[TRADUCTION] «ATTENDU que le fiduciaire (Wilson) est le propriétaire enregistré de certains terrains sis à Oakville décrits plus en détail à l'annexe A ci-jointe;

AND WHEREAS it has been agreed that the Developer (Fischtein) shall be given an opportunity to promote the development and/or sale of the said lands on certain terms and conditions;

NOW THEREFORE in consideration of the mutual covenants contained herein and the sum of One Dollar (\$1.00), receipt of which is hereby acknowledged by the Trustee, the parties hereto agree as follows:—

(1) For a period of two years from the date hereof the developer and the Trustee shall operate as a partnership limited to the development and/or sale of the lands described in Schedule A attached hereto.

(2) All major decisions as to policy or the expenditure of money shall be mutual. The Trustee shall provide funds for surveys, engineering and architectural fees, legal fees and local or provincial charges for subdividing the lands. The Developer shall do all necessary planning and negotiating for the development on the lands of a subdivision. The net profits from the development and/or sale of the premises within the two year period shall be divided, fifty per cent (50%) to each of the parties hereto, whether or not said profit is received during the currency of this agreement.

(3) In the event that a residential subdivision and/or such other commercial or industrial development as may be required is not approved by the Town of Oakville or the lands are not sold by the date of expiration of the partnership as set out herein, the Developer shall cease to have any interest in the said lands and shall not be entitled to remuneration of any kind for services rendered to or on behalf of the said partnership other than such profits as may accrue pursuant to paragraph 2 hereof.

(4) The Trustee agrees that the Developer may deal directly with the parties for whom the said Trustee holds in trust, it being understood that he holds no beneficial interest in the premises on his behalf, is under no personal liability in connection with his trust and shall be entitled to transfer title to the premises concerned to a stake holder or an officer of the Court should serious disputes arise between the Developer and the parties for whom the Trustee holds the premises in trust.”

It will be noted that this agreement describes Wilson, trustee, as registered owner of the property when, in fact, on December 7, 1965 he had no registered interest in the property. He had an unregistered assignment of a second mortgage and

ET ATTENDU qu'il a été convenu que le promoteur (Fischtein) aurait l'occasion de mettre en valeur et/ou de vendre lesdits terrains à certaines conditions;

EN CONSÉQUENCE, en contrepartie des engagements mutuels contenus dans les présentes et de la somme de un dollar (\$1) dont le fiduciaire accuse réception, les parties ont convenu ce qui suit:—

1) Pendant une période de deux années à partir de la date des présentes, le promoteur et le fiduciaire agiront comme société, dont le seul objet est la mise en valeur et/ou la vente des terrains décrits à l'annexe A ci-jointe.

2) Toutes les décisions importantes en ce qui concerne la politique à suivre ou les dépenses seront prises en commun. Le fiduciaire fournira les fonds pour les honoraires des arpenteurs, ingénieurs et architectes, les frais juridiques et les droits locaux ou provinciaux pour le lotissement des terrains. Le promoteur entreprendra toute la planification et les négociations nécessaires aux fins du lotissement des terrains. Les bénéfices nets provenant de la mise en valeur et/ou de la vente des biens pendant les deux années seront répartis à raison de 50% pour chaque partie, que lesdits bénéfices soient reçus ou non pendant la durée de cette convention.

3) Au cas où un lotissement résidentiel et/ou tout autre aménagement commercial ou industriel, selon le cas, n'est pas approuvé par la ville d'Oakville, ou si les terrains ne sont pas vendus à la date d'expiration de la société établie par les présentes, le promoteur cessera d'avoir un droit quelconque dans lesdits terrains et n'aura droit à aucune rémunération pour services rendus à ladite société ou en son nom, autres que les bénéfices mentionnés au paragraphe 2 ci-dessus.

4) Le fiduciaire convient que le promoteur pourra traiter directement avec les personnes qui l'ont constitué fiduciaire, étant entendu qu'il n'a pas de droit personnel dans les terrains, qu'il n'a pas d'obligation personnelle relativement à sa fiducie et qu'il aura le droit de transférer les titres des biens en question à un détenteur pour compte ou à un fonctionnaire de la Cour s'il survient des différends graves entre le promoteur et les parties au nom desquelles le fiduciaire détient les biens en fiducie.»

On remarquera que cette convention décrit Wilson, le fiduciaire, comme le propriétaire enregistré de la propriété alors qu'en fait, le 7 décembre 1965 il n'avait pas de droit enregistré dans la propriété. Il avait une cession non enregistrée

an unregistered quitclaim deed executed in his favour by the registered owner but not yet delivered.

On December 8, 1965, Fischtein entered into the following agreement with International:

“WHEREAS Fischtein has entered into an agreement with Allan C. Wilson, Trustee, concerning the development of certain lands and premises in the Town of Oakville, more particularly described in Schedule A attached hereto;

AND WHEREAS International wishes to participate in such development;

NOW THEREFORE THIS INDENTURE WITNESSETH that in consideration of the mutual covenants contained herein, the sum of Two Dollars (\$2.00) now paid by International to Fischtein, and other valuable consideration, the parties hereto agree as follows:—

(1) Upon the coming into effect of the above recited agreement between Fischtein and Allan C. Wilson, Trustee, a partnership between the parties hereto shall come into existence wherein International shall be entitled to a fifty per cent (50%) interest in the benefits of the said agreement to Fischtein and shall be responsible for fifty per cent (50%) of the duties and liabilities imposed on Fischtein by the said agreement.

(2) The partnership contemplated herein shall automatically cease upon the termination of the above recited agreement between Fischtein and Allan C. Wilson, Trustee, and in any event, it shall terminate at the end of two years from the date hereof, if a subdivision has not been approved by the Town of Oakville on the lands proposed to be developed in the Town of Oakville by the said Motek Fischtein. Provided however that if the Town of Oakville has not given permission in writing within a period of twenty months from the date hereof for Fischtein to proceed with the preparation of a plan of subdivision, then the said Fischtein shall not be required to expend further time and energy on the proposed development.

(3) International acknowledges having read the said agreement between Fischtein and Allan C. Wilson, Trustee, and to have executed this indenture in the full knowledge and understanding of the terms thereof.

(4) It is agreed that should the Party of the Second Part hereto (International) register this agreement upon title or assign his interest therein, it shall automatically become null and void as concerns any benefits accruing to the said party so registering the

d’une seconde hypothèque et un acte de transfert non enregistré signé en sa faveur par le propriétaire enregistré, mais non encore remis.

Le 8 décembre 1965, Fischtein conclut la convention suivante avec International:

[TRADUCTION] «ATTENDU que Fischtein a conclu une convention avec Allan C. Wilson, fiduciaire, relativement à la mise en valeur de certains terrains et biens sis en la ville d’Oakville, décrits à l’annexe A ci-jointe;

ET ATTENDU qu’International désire participer à cette mise en valeur;

EN CONSÉQUENCE, le présent contrat constate qu’en contrepartie des engagements mutuels contenus dans les présentes, de la somme de deux dollars (\$) présentement payée par International à Fischtein et autre contrepartie, les parties ont convenu ce qui suit:—

1) Dès l’entrée en vigueur de la convention précitée entre Fischtein et Allan C. Wilson, fiduciaire, une société sera créée entre les parties en l’espèce en vertu de laquelle International aura droit à une part de 50% dans les bénéfices revenant à Fischtein en vertu de ladite convention et assumera 50% des obligations imposées à Fischtein par ladite convention.

2) La société envisagée par la présente prendra fin automatiquement dès l’expiration de la convention précitée entre Fischtein et Allan C. Wilson, fiduciaire et, en tous cas, à l’expiration d’une période de deux ans à partir de la date des présentes si la ville d’Oakville n’a pas approuvé le lotissement des terrains sis dans ladite ville, que ledit Motek Fischtein se propose de mettre en valeur. Il est toutefois entendu que si la ville d’Oakville n’a pas permis à Fischtein, par écrit et dans un délai de 20 mois à partir de la date des présentes, de préparer un plan de lotissement, ledit Fischtein ne sera pas tenu d’accorder plus de temps et d’énergie à la mise en valeur envisagée.

3) International reconnaît avoir lu la convention précitée entre Fischtein et Allan C. Wilson, fiduciaire, et avoir signé ce contrat en pleine connaissance et compréhension de ses termes.

4) Il est convenu que si la partie de deuxième part aux présentes (International) enregistre cette convention ou cède ses droits en résultant, celle-ci deviendra automatiquement nulle et non avenue relativement au bénéfice revenant à ladite partie qui aura enregistré le

agreement and he shall be subject to damages for breach of this agreement.”

Both of the above agreements were prepared, on Fischtein's instructions, in the offices of Wilson, his solicitor. Wilson had no direct instructions from Tanenbaum, but testified that the agreement between Wilson, trustee, and Fischtein was in accordance with previous transactions in which Tanenbaum and Fischtein had participated. Wilson further testified that, as far as Tanenbaum was concerned, Fischtein was at liberty to deal with his interest in the transaction in whatever manner he pleased.

In a further document executed on December 8, 1965, the solicitors for International entered into an escrow agreement with Wilson, trustee, which provided that

“WHEREAS, Allan C. Wilson, Trustee, has agreed to take an assignment of mortgage #149173 as assigned to Jacob C. Oelbaum, Trustee, by assignment of mortgage registered as #160472 and to redeem the premises therein mortgaged.

AND WHEREAS, to extend the time for redemption in order to complete the said assignments and redemption proceedings, International Airport Industrial Park Limited expended the sum of Sixteen thousand dollars (\$16,000.00).

AND WHEREAS it was agreed that the said sum of Sixteen thousand dollars (\$16,000.00) would be repaid to International Airport Industrial Park Limited upon completion of the redemption and the registration of a final order of foreclosure.

NOW THEREFORE, in consideration of these presents and the mutual covenants contained herein, and other valuable consideration, the parties hereto agree as follows:—

(1) The Parties of the first part (International's solicitors) will deliver to the Party of the Second Part (Wilson) the following documents:—

- (a) Assignment of all its rights in an agreement to purchase the above mortgage from Jacob C. Oelbaum.
- (b) Quit Claim Deed — Falgarwood Homes Limited (a company controlled by Mayzel which was registered owner of the property prior to International) to Allan C. Wilson, Trustee.
- (c) Quit Claim Deed — Falgarwood Land Development Co. Limited to Allan C. Wilson, Trustee.

contrat et elle sera assujettie à des dommages-intérêts pour inexécution de ce contrat.»

Les deux conventions furent préparées sur les instructions de Fischtein par le cabinet de Wilson, son avocat. Wilson n'avait pas d'instructions directes de Tanenbaum, mais a témoigné que la convention entre Wilson, fiduciaire, et Fischtein était conforme à deux opérations antérieures auxquelles Tanenbaum et Fischtein avaient participé. Wilson a de plus témoigné, qu'en ce qui concerne Tanenbaum, Fischtein était libre de disposer des droits de ce dernier dans l'opération de la façon qu'il voulait.

Dans un document subséquent signé le 8 décembre 1965, les avocats d'International ont conclu une convention d'entiercement avec Wilson, fiduciaire, qui disposait que:

«ATTENDU qu'Allan C. Wilson, fiduciaire, a accepté une cession de l'hypothèque n° 149173 telle que cédée à Jacob C. Oelbaum, fiduciaire, selon une cession d'hypothèque enregistrée sous le n° 160472 et de racheter les biens y hypothéqués.

ET ATTENDU qu'International Airport Industrial Park Limited a dépensé la somme de \$16,000 pour proroger le délai de rachat en vue de terminer les procédures desdites cessions et dudit rachat.

ET ATTENDU qu'il a été convenu que ladite somme de \$16,000 serait remboursée à International Airport Industrial Park Limited dès exécution du rachat et enregistrement d'une ordonnance définitive de foreclosure.

EN CONSÉQUENCE DE QUOI, en considération des présentes et des obligations mutuelles y contenues et autre contrepartie, les parties ont convenu ce qui suit:—

1) Les parties de première part (les avocats d'International) remettront à la partie de deuxième part (Wilson) les documents suivants:—

- a) Cession de tous ses droits dans une convention d'achat de la susdite hypothèque à Jacob C. Oelbaum.
- b) Acte de transfert—Falgarwood Homes Limited (une compagnie appartenant à Mayzel qui était propriétaire enregistré de la propriété avant International) en faveur de Allan C. Wilson, fiduciaire.
- c) Acte de transfert—Falgarwood Land Development Co. Limited en faveur de Allan C. Wilson, fiduciaire.

(d) Quit Claim Deed — International Airport Industrial Park Limited to Allan C. Wilson, Trustee.

(2) The Party of the Second Part agrees to give to the Parties of the First Part a promissory note for Sixteen Thousand dollars (\$16,000.00) payable to International Airport Industrial Park Limited (I.A.I.P.L.).

(3) The Parties hereto agree to hold the aforesaid documents and note in escrow until the Party of the Second Part completes the acquisition of the said property or until May 13, 1966, whichever shall first occur, provided that if the Party of the Second Part does not acquire the said lands within the time herein provided the documents and note shall be redelivered."

On January 26, 1966, John F. Easterbrook assigned his mortgage to Allan C. Wilson, trustee, for \$251,356.50 which was the amount then owing on the mortgage for principal and interest. Wilson, trustee, had also paid \$50,000 to Easterbrook for the extension of the redemption period and \$1,000 to Easterbrook's solicitors for legal fees.

On February 1, 1966, Wilson, trustee, granted the land to Max Tanenbaum, carrying on business as Birchtree Investments. On February 3, 1966, a final order of foreclosure was issued in favour of the first mortgagee. This order was registered on February 4, 1966. On the same day, the quitclaim from International to Wilson, trustee, (executed December 1, 1965) and the grant from Wilson, trustee, to Tanenbaum (executed February 1, 1966) were registered.

Tanenbaum thus became registered owner of the 173 acres for a total consideration of \$338,856.50, composed of the following amounts:

Assignment of Easterbrook mortgage	\$251,356.50
Payment for extension of redemption period on Easterbrook mortgage	50,000.00
Legal fees on Easterbrook mortgage	1,000.00
Assignment of Oelbaum mortgage	20,000.00
Legal fees on Oelbaum mortgage	500.00
Payment to International for costs in extending Oelbaum mortgage	16,000.00
	<hr/>
	\$338,856.50

d) Acte de transfert—International Airport Industrial Park Limited en faveur de Allan C. Wilson, fiduciaire.

2) La partie de seconde part accepte de remettre à la partie de première part un billet à ordre de \$16,000 payable à International Airport Industrial Park Limited (I.A.I.P.L.).

3) Les parties aux présentes conviennent d'entiercer lesdits documents et billet à ordre jusqu'à ce que la partie de seconde part termine l'achat de ladite propriété ou au plus tard jusqu'au 13 mai 1966, à condition que, si la partie de seconde part n'achète pas lesdits terrains au cours du délai convenu aux présentes, les documents et le billet soient restitués.

Le 26 janvier 1966, John F. Easterbrook céda son hypothèque à Allan C. Wilson, fiduciaire, pour \$251,356.50, qui était le montant alors dû sur l'hypothèque, en principal et intérêts. Wilson, fiduciaire, avait aussi payé \$50,000 à Easterbrook pour la prorogation de la période de rachat et \$1,000, à titre d'honoraires, aux avocats de ce dernier.

Le 1^{er} février 1966, Wilson, fiduciaire, céda le terrain à Max Tanenbaum, faisant affaire sous le nom de Birchtree Investments. Le 3 février 1966, une ordonnance définitive de forclusion était rendue en faveur du premier créancier hypothécaire. Cette ordonnance était enregistrée le 4 février 1966. Le même jour, le transfert d'International à Wilson, fiduciaire, (signé le 1^{er} décembre 1965), et la cession de Wilson à Tanenbaum (signée le 1^{er} février 1966) étaient enregistrés.

Tanenbaum devint ainsi propriétaire enregistré des 173 acres pour une contrepartie totale de \$338,856.50, ventilée de la façon suivante:

Cession de l'hypothèque Easterbrook	\$251,356.50
Paiement pour prorogation du délai de rachat pour l'hypothèque Easterbrook	50,000.00
Honoraires pour l'hypothèque Easterbrook	1,000.00
Cession de l'hypothèque Oelbaum	20,000.00
Honoraires pour l'hypothèque Oelbaum	500.00
Paiement à International des frais engagés pour la prorogation de l'hypothèque Oelbaum	16,000.00
	<hr/>
	\$338,856.50

According to the testimony of Mayzel, the property was worth three times this amount, but no evidence was tendered to support this assertion. Wilson testified that Fischtein considered the cost of the property to Tanenbaum, approximately \$2,000 per acre, to be a little high. Wilson also testified that Mayzel had no equity in the property and that the "salvage operation" was designed to relieve Mayzel and his son from their personal liability on the mortgages.

The agreement of December 7, 1965 required that the property either be sold within two years or approved for "residential subdivision and/or such other commercial or industrial development as may be required". Wilson testified that when this agreement was executed, neither Fischtein nor Tanenbaum knew what the prospects were for developing the land and that the two-year term was inserted following the precedent of other agreements between Fischtein and Tanenbaum. In early 1966, Fischtein engaged an engineer and, at a meeting attended by Mayzel, instructed him to proceed with plans for subdivision of the property. On February 1, 1966, the engineer informed Fischtein that there was firm and unanimous opposition among officials to development of the property, other than the 38 acres already zoned industrial.

Mayzel talked to Fischtein and the engineer at various times in 1966 asking for progress reports and urging them, unsuccessfully, to proceed with development plans. By the spring of 1967, time was running out on the two year development agreement, so Mayzel proceeded on his own to develop plans and seek approval from the Town of Oakville for a plan of subdivision. He obtained a letter from the Mayor of Oakville, dated July 25, 1967, saying that although residential development would not likely be approved for several years, industrial development of part of the land would be welcome. In October 1967, Mayzel hired consulting engineers, surveyors and lawyers to prepare a subdivision application with respect to the approximately 38 acres which were already zoned

Selon le témoignage de Mayzel, la propriété valait trois fois ce montant, mais aucune preuve n'a été apportée à l'appui de cette affirmation. Wilson a témoigné que Fischtein considérait que le prix d'achat payé pour la propriété par Tanenbaum, approximativement \$2,000 l'acre, était relativement élevé. Wilson a également témoigné que Mayzel n'avait pas fait de mise de fonds dans la propriété et que «l'opération de secours» avait pour but de relever Mayzel et son fils de leur responsabilité personnelle relativement aux hypothèques.

La convention du 7 décembre 1965 exigeait que la propriété soit vendue dans les deux ans ou qu'un «lotissement résidentiel et/ou tel autre aménagement commercial ou industriel, selon le cas» soit approuvé. Wilson a témoigné qu'au moment de la signature de cette convention, ni Fischtein ni Tanenbaum ne savait quelles étaient les perspectives d'aménagement du terrain et que le terme de deux ans avait été inséré selon le précédent d'autres conventions entre Fischtein et Tanenbaum. Au début 1966, Fischtein engagea un ingénieur et, à une réunion à laquelle Mayzel assistait, lui donna instruction de commencer des plans de lotissement de la propriété. Le 1^{er} février 1966, l'ingénieur informa Fischtein qu'à l'unanimité, les responsables municipaux s'opposaient fermement à l'aménagement de la propriété, sauf pour les 38 acres faisant partie d'une zone à usage industriel.

Mayzel parla à Fischtein et à l'ingénieur à diverses reprises en 1966, demandant des rapports sur l'état de la question et les pressant, sans succès, de commencer les plans d'aménagement. Au printemps 1967, la convention pour l'aménagement dans les deux ans venait à expiration, aussi Mayzel commença-t-il lui-même à établir des plans pour demander l'approbation d'un plan de lotissement par la ville d'Oakville. Il obtint une lettre du maire, en date du 25 juillet 1967, disant que l'aménagement résidentiel ne serait probablement pas approuvé avant plusieurs années, mais que l'aménagement industriel d'une partie du terrain serait bienvenu. En octobre 1967, Mayzel s'assura les services d'ingénieurs-conseils, d'arpenteurs et d'avocats pour préparer une demande de lotisse-

industrial. The remaining 135 acres of agricultural land were not affected. Mayzel submitted the application without the co-operation or support of Fischtein, Wilson or Tanenbaum. On December 14, 1967, seven days after the December 7, 1965 agreement had expired, the Oakville Planning Board approved in principle the subdivision of the industrial lands.

By letter dated December 18, 1967, Tanenbaum informed the Oakville Planning Board that he was the sole owner of the property, that he had not authorized any plan of subdivision to be made, and that his intention was to submit a residential plan for the entire property when the necessary services became available. The Planning Board informed Mayzel by letter dated December 21, 1967, that no further action would be taken on the proposed subdivision until authorization for the application was confirmed by the registered owner.

International sued Max Tanenbaum and Motek Fischtein, alleging that by virtue of the December 1965 agreements International had a twenty-five per cent interest in a scheme to develop the lands. International asserted that an implied term of the agreements was that Fischtein would exercise reasonable efforts to develop the lands and Tanenbaum would sign the necessary documents. International further alleged that Fischtein and Tanenbaum had refused to comply with these obligations. The plaintiff sought a declaration that the land is owned in common by International, Tanenbaum and Fischtein, and that the owners are partners with respect to its development. It also claimed an accounting from the partners and damages of \$500,000. In his statement of defence, Fischtein denied any default, neglect, breach of duty or breach of contract. He asserted that no plan of subdivision had been approved in accordance with the agreements and that the agreements had expired. The defendant Tanenbaum denied that he had any contract with or obligation to the plaintiff.

The plaintiff moved to amend its statement of claim to allege that "Motek Fischtein entered into

ment pour les quelque 38 acres à usage industriel. Les 135 acres restantes de terres agricoles n'étaient pas touchées. Mayzel présenta la demande sans la coopération ni l'appui de Fischtein, de Wilson ou de Tanenbaum. Le 14 décembre 1967, sept jours après l'expiration de la convention du 7 décembre 1965, la commission d'urbanisme d'Oakville approuva en principe le lotissement des terrains à usage industriel.

Par lettre en date du 18 décembre 1967, Tanenbaum informa la commission d'urbanisme d'Oakville qu'il était le seul propriétaire des biens, qu'il n'avait pas autorisé de plan de lotissement et qu'il avait l'intention de soumettre un plan d'aménagement résidentiel pour toute la propriété dès qu'elle serait viabilisée. La commission d'urbanisme informa Mayzel, par lettre datée du 21 décembre 1967, qu'elle ne donnerait pas suite à la demande de lotissement tant que le propriétaire enregistré n'aurait pas confirmé qu'il autorisait la demande.

International introduisit des poursuites contre Max Tanenbaum et Motek Fischtein, alléguant qu'en vertu des accords de décembre 1965, International avait une part de 25 pour cent dans un projet d'aménagement des terrains. International affirma qu'il était tacitement convenu que Fischtein ferait des efforts raisonnables pour aménager les terrains et que Tanenbaum signerait les documents nécessaires. De plus, International alléguait que Fischtein et Tanenbaum avaient refusé de se conformer à ces obligations. La demanderesse chercha à obtenir une déclaration selon laquelle International, Tanenbaum et Fischtein étaient copropriétaires du terrain et coassociés en ce qui concernait son aménagement. Elle réclamait également une reddition de comptes aux associés et des dommages-intérêts de \$500,000. Dans son mémoire de défense, Fischtein nia tout manquement, négligence, inexécution d'obligation ou rupture de contrat. Il affirma qu'aucun plan de lotissement n'avait été approuvé conformément aux conventions et que ces dernières étaient expirées. Le défendeur Tanenbaum nia l'existence d'un contrat entre lui-même et la demanderesse ou de quelque obligation à l'égard de cette dernière.

La demanderesse modifia sa déclaration pour alléguer que [TRADUCTION] «Motek Fischtein

the agreement which he signed with the plaintiff on behalf of himself and as agent and trustee for the defendant Tanenbaum . . .". The application was dismissed by the Master and an appeal to a Judge in Chambers was unsuccessful. When the plaintiff changed solicitors before trial, he was left free to seek further amendments alleging fraud and conspiracy, but no such amendments were made.

At trial, the plaintiff's counsel introduced as exhibits the December 7, 1965 agreement between Wilson, trustee, and Fischtein, and the December 8, 1965 agreement between Fischtein and International. He asked that, on the basis of the circumstances and the agreements themselves, the trial judge read into the agreements the implied terms that Wilson, trustee, and Fischtein were to use their best efforts to obtain approval of the Town of Oakville for a plan of subdivision. The trial judge ruled that since the parties had signed the documents in full knowledge and since there was no suggestion of misrepresentation, fraud, or lack of independent legal advice, no terms could be implied into the written contracts.

The plaintiff called as witnesses Louis Mayzel, one of Mayzel's former employees, and Allan C. Wilson who testified as to the negotiations and dealings among the parties. Counsel for the defendant Fischtein estate called two witnesses, both officials of the Town of Oakville, who testified to the effect that in the period 1965-67 there were no prospects of gaining approval of a subdivision plan on the whole Jackson property for residential, commercial and industrial development. Counsel for the defendant Tanenbaum moved for a non-suit and indicated that he would call no evidence.

O'Driscoll J. allowed the motion for non-suit and dismissed the action against both defendants for the following reasons:

"... it is my view that there never was any privity of contract between Mr. Wilson, Trustee for Mr. Tanenbaum, and International Airport Industrial Park Limited. It therefore follows that there was no privity of contract, there was never any agreement, there was

avait conclu la convention qu'il avait signée avec elle en son nom personnel et en tant que mandataire et fiduciaire du défendeur Tanenbaum . . .". La demande fut rejetée par le *Master* et un appel en référé échoua. Lorsque la demanderesse a changé d'avocats avant le procès, elle aurait pu demander d'autres modifications alléguant la fraude et la complicité, mais elle ne l'a pas fait.

Au procès, l'avocat de la demanderesse a présenté comme pièces la convention du 7 décembre 1965 entre Wilson, fiduciaire, et Fischtein et celle du 8 décembre 1965, entre Fischtein et International. Il demandait qu'en se fondant sur les circonstances et les conventions elles-mêmes, le juge au procès trouvât dans ces dernières la condition sous-entendue que Wilson, fiduciaire, et Fischtein, devaient déployer tous leurs efforts pour obtenir l'approbation d'un plan de lotissement par la ville d'Oakville. Le juge du procès statua que puisque les parties avaient signé le document en pleine connaissance de cause et que puisqu'il n'était pas question de fausses déclarations, de fraude ni d'absence de conseils juridiques indépendants, aucune condition de ce genre ne pouvait être sous-entendue dans les contrats écrits.

La demanderesse a appelé comme témoins Louis Mayzel, un des anciens employés de Mayzel et Allan C. Wilson, qui ont témoigné au sujet des négociations entre les parties. L'avocat de la succession Fischtein a cité deux témoins, tous deux responsables municipaux d'Oakville, qui ont témoigné que de 1965 à 1967, il n'y avait aucune chance d'obtenir l'approbation du lotissement de toute la propriété Jackson pour un aménagement résidentiel, commercial et industriel. L'avocat du défendeur Tanenbaum a présenté une demande de non-lieu et a indiqué qu'il n'apporterait pas de preuve.

Le juge O'Driscoll a accueilli la demande de non-lieu et a rejeté l'action intentée contre les deux défendeurs pour les motifs suivants:

[TRADUCTION] «... je suis d'avis qu'il n'y a jamais eu de lien contractuel entre M. Wilson, fiduciaire pour M. Tanenbaum, et International Airport Industrial Park Limited. Il s'ensuit par conséquent qu'il n'y a pas de lien contractuel, qu'il n'y a jamais eu d'accord, qu'il n'y a

never any contract between the plaintiff in this action and the defendant Max Tanenbaum.

It therefore follows quite simply that, this being the situation, there is no cause of action, there being no agreement, there being no contract, and the motion for non-suit must be allowed and the action of the plaintiff as against Tanenbaum dismissed with costs.

Mr. Mark, on behalf of International Airport Industrial Park Limited, with the president thereof beside him, namely Mr. Mayzel, has stated in open court that if I should make the finding that I have made, his client (the plaintiff)—having been instructed by the president thereof—is not desirous of proceeding against the Estate of the late Motek Fischtein. That being the situation, the action against the Fischtein Estate is dismissed, also with costs.”

Jessup, Brooke and Arnup J.J.A. dismissed the plaintiff's appeal without calling on the respondent and without giving written reasons.

Before this Court, the appellant argued that the trial judge had erred in granting a motion for non-suit on the basis that there was no privity of contract between the appellant and Tanenbaum. It was submitted that the trial judge erred (1) in refusing to hear evidence of the negotiations leading up to the agreements of December 7 and 8, 1965; (2) in failing to find that Wilson acted as trustee not only for Tanenbaum but for a partnership of Tanenbaum, Fischtein and the appellant; and (3) in failing to give effect to the escrow agreement of December 8, 1965, which, when read together with the other agreements of December 7 and 8, 1965 and preceding agreements, indicated a contractual relationship between the appellant and Tanenbaum.

Although the trial judge had ruled that evidence of negotiations could not be adduced for the purpose of reading into the documents an implied term, the record shows that he did not prevent either Mayzel or Wilson from testifying about the dealings which preceded the agreements. Mayzel alleged that the agreements of December 7 and 8, 1965 were intended to create a partnership among Tanenbaum, Fischtein and International, but this assertion is not supported by the evidence. Mayzel himself testified that Tanenbaum had refused to enter a partnership with him, and Wilson testified that Tanenbaum did not care how Fischtein dealt

jamais eu de contrat entre la demanderesse dans cette action et le défendeur, Max Tanenbaum.

Il s'ensuit tout simplement que, vu la situation, l'action est sans objet puisqu'il n'y a pas d'accord et pas de contrat. La demande de non-lieu doit être accueillie et l'action de la demanderesse à l'encontre de Tanenbaum rejetée avec dépens.

M^e Mark, au nom d'International Airport Industrial Park Limited, le président de cette compagnie, M. Mayzel, étant à ses côtés, a déclaré à l'audience que si je devais conclure de cette façon, sa cliente (la demanderesse)—sur les instructions de son président—ne poursuivrait pas la succession de feu Motek Fischtein. Cela étant, l'action à l'encontre de la succession Fischtein est également rejetée avec dépens.»

Les juges Jessup, Brooke et Arnup ont rejeté l'appel de la demanderesse sans entendre l'intimé et sans rédiger de motifs.

Devant cette Cour, l'appelante a allégué que le juge du procès avait erré en accordant un non-lieu en se fondant sur l'absence de lien contractuel entre l'appelante et Tanenbaum. Elle a plaidé que le juge du procès avait erré (1) en refusant d'entendre la preuve relative aux négociations qui avaient abouti aux conventions des 7 et 8 décembre 1965; (2) en ne concluant pas que Wilson agissait en tant que fiduciaire, non seulement de Tanenbaum, mais d'une société formée de Tanenbaum, Fischtein et l'appelante; et (3) en ne donnant pas effet à l'accord d'entièrement du 8 décembre 1965 qui, lu en corrélation avec les conventions des 7 et 8 décembre 1965 et les conventions précédentes, révèle une relation contractuelle entre l'appelante et Tanenbaum.

Bien que le juge du procès ait jugé que la preuve relative aux négociations ne pouvait pas être invoquée dans le but d'établir l'existence d'une condition tacite dans les documents, le dossier montre qu'il n'a empêché ni Mayzel ni Wilson de témoigner relativement aux tractations qui ont précédé les conventions. Mayzel a prétendu que les conventions des 7 et 8 décembre 1965 avaient pour but de créer une société entre Tanenbaum, Fischtein et International, mais cette affirmation n'est pas étayée par la preuve. Mayzel lui-même a témoigné que Tanenbaum avait refusé de s'associer avec lui, et Wilson a témoigné que Tanenbaum ne se sou-

with his own interest in their several partnerships. It seems clear that there was no shared intention to create a partnership between International and Tanenbaum.

The appellant submitted that the agreement of December 7, 1965 between Wilson, trustee, and Fischtein, indicates that Wilson acted as trustee for a partnership since it refers, in para. 4, to "parties for whom the trustee holds in trust". Paragraph 4 provides for direct dealing between Fischtein and the "parties" and possible conflicts between Fischtein and the "parties". Wilson, when called as the plaintiff's witness, testified that he acted as trustee only for Tanenbaum, and not for a partnership between Tanenbaum, Fischtein and the appellant. He explained that he used the term "parties" when drafting the December 7, 1965 agreement because he did not know whether the financing would come solely from Tanenbaum personally or from a combination of sources. Wilson's evidence is consistent with International's own claim that it had a twenty-five per cent interest in development profits. If International was right in contending that "the parties for whom the trustee holds in trust" refers to a partnership composed of itself, Tanenbaum and Fischtein, it would be entitled to a share in the fifty per cent interest of the partnership as well as the twenty-five per cent interest it claims.

International submitted that, at the least, Fischtein had assigned to it part of his interest in the partnership agreement with Tanenbaum. This, however, does not assist the appellant. *The Partnerships Act*, R.S.O. 1970, c. 339, s. 24, rule 7, provides that, subject to an express or implied agreement between the partners, new partners may be introduced into a partnership only with the consent of each existing partner. On Mayzel's own testimony, it is clear that Tanenbaum would not have agreed to accept International as a partner, although he was willing to allow Fischtein to deal with his partnership interest as he pleased. Section 31 of the Act provides that where a partner assigns his interest or part of his interest to another person who is not accepted into the partnership, the assignee's only right against the partnership is to

ciait pas de la façon dont Fischtein s'occupait des intérêts de ce dernier dans leurs nombreuses sociétés. Il semble clair qu'il n'y avait pas d'intention commune de créer une société entre International et Tanenbaum.

L'appelante a plaidé que la convention du 7 décembre 1965 entre Wilson, fiduciaire, et Fischtein, indique que Wilson a agi comme fiduciaire pour une société, puisqu'elle mentionne, au par. 4, «les personnes qui l'ont constitué fiduciaire». Le paragraphe 4 prévoit des relations directes et des différends possibles entre Fischtein et les «personnes». Quand Wilson a été cité comme témoin de la demanderesse, il a déclaré qu'il agissait comme fiduciaire de Tanenbaum seul et non d'une société formée par Tanenbaum, Fischtein et l'appelante. Il a expliqué qu'il avait utilisé le terme «personnes» en rédigeant la convention du 7 décembre 1965, parce qu'il ne savait pas si le financement viendrait uniquement de Tanenbaum lui-même ou de plusieurs sources. La déposition de Wilson est compatible avec la propre déclaration d'International selon laquelle elle avait une part de 25 pour cent dans les bénéfices de l'aménagement. Si International avait raison de prétendre que l'expression «les personnes qui l'ont constitué fiduciaire» vise une société composée d'elle-même, de Tanenbaum et de Fischtein, elle serait en droit d'obtenir une part de 50 pour cent dans la société, aussi bien que la part de 25 pour cent qu'elle prétend avoir.

International a plaidé qu'à tout le moins, Fischtein lui avait cédé une part de ses droits dans le contrat de société avec Tanenbaum. Ceci n'aide toutefois pas l'appelante. *The Partnerships Act*, R.S.O. 1970, c. 339, art. 24, règle 7, édicte que, sous réserve d'un accord exprès ou tacite des associés, de nouveaux associés ne peuvent se joindre à une société sans le consentement de chacun des associés existants. Selon le témoignage de Mayzel, il est clair que Tanenbaum n'aurait pas accepté International comme associée, même s'il permettait à Fischtein de traiter ses droits d'associé comme celui-ci l'entendait. L'article 31 de la Loi dispose que, lorsqu'un associé cède ses droits ou une partie de ses droits à une autre personne qui n'est pas acceptée dans la société, le seul droit du cessionnaire à l'encontre de la société est de rece-

receive the share of profits to which the assigning partner would be entitled on the basis of the account of profits agreed to by the partners. The assignee is not entitled to interfere in the management or administration of the partnership. If, as in this case, the partnership produces no profits, the assignee has no rights against the partnership.

It was also argued on behalf of the appellant that although the agreements of December 7 and 8, 1965 were deliberately drafted so as to avoid formal privity of contract between Tanenbaum and International, the evidence establishes in substance a joint venture on the part of Tanenbaum, Fischtein and International. The appellant relied on *Adam v. Newbigging*¹, in which Lord Halsbury, L.C. stated at p. 315 that:

"If a partnership in fact exists, a community of interest in the adventure being carried on in fact, no concealment of name, no verbal equivalent for the ordinary phrases of profit or loss, no indirect expedient for enforcing control over the adventure will prevent the substance and reality of the transaction being adjudged to be a partnership; and I think I should add, as applicable to this case, that the separation of different stipulations of one arrangement into different deeds will not alter the real arrangement, whatever in fact that arrangement is proved to be.

And no 'phrasing of it' by dexterous draftsmen, to quote one of the letters, will avail to avert the legal consequences of the contract."

In that case, however, there was evidence establishing a partnership in fact and an attempt on the part of the partners to conceal from outsiders the involvement of two of their number. As Lord Halsbury stated, at p. 316:

No one has ever doubted that if the adventure is carried on for a person so that it is his business, then he is a partner, whatever subtle contrivance he may resort to to cloak and muffle the real nature of his interest in the concern.

Adam v. Newbigging does not advance the argument of the appellant in this case where there is no evidence acceptable to the trial judge and the Court of Appeal of a partnership between Tanenbaum and International.

¹ (1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.).

voir la part des bénéfiques revenant à l'associé cédant conformément au partage des bénéfiques convenu par les associés. Le cessionnaire n'a pas le droit de s'immiscer dans la direction ou dans la gestion de la société. Si, comme en l'espèce, il n'y a pas de bénéfiques, le cessionnaire n'a aucun droit à l'encontre de la société.

On a aussi allégué au nom de l'appelante que, bien que les conventions des 7 et 8 décembre 1965 aient été délibérément rédigées de façon à éviter un lien contractuel formel entre Tanenbaum et International, la preuve établit l'existence d'une entreprise commune liant Tanenbaum, Fischtein et International. L'appelante a invoqué l'arrêt *Adam v. Newbigging*¹, dans lequel le lord Chancelier Halsbury déclarait à la p. 315:

[TRADUCTION] S'il existe en fait une société, une communauté d'intérêts dans l'entreprise exploitée en fait, aucune dissimulation de nom, aucun équivalent verbal pour les expressions ordinaires de pertes ou profits, aucun expédient indirect pour exercer le contrôle sur l'entreprise n'empêchera l'opération d'être considérée au fond et en réalité comme une société; je crois que je dois ajouter, aux fins de l'espèce, que l'éparpillement des stipulations différentes relatives à une même entente dans différents actes ne modifiera pas l'entente réelle, quelle qu'elle soit.

Et aucune «tournure de phrase» par des rédacteurs habiles, pour citer une des lettres, n'aidera à éviter les conséquences juridiques du contrat.

Dans cette affaire, toutefois, la preuve établissait l'existence d'une société de fait et une tentative des associés de dissimuler aux tiers la participation de deux d'entre eux. Comme l'a déclaré lord Halsbury, à la p. 316:

[TRADUCTION] Personne n'a jamais douté que si l'entreprise est exploitée pour le compte de quelqu'un, de sorte que c'est son affaire, il est alors un associé, quel que soit l'artifice subtil auquel il a pu avoir recours pour masquer et enrober la nature réelle de ses droits dans l'entreprise.

Adam v. Newbigging n'étaye pas l'argument de l'appelante en l'espèce car, aux yeux du juge du procès et à ceux de la Cour d'appel, il n'y avait pas de preuve acceptable d'une société liant Tanenbaum et International.

¹ (1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.).

Even if there were no shared intention to create a partnership between Tanenbaum and International, the question remains whether the agreements entered into by Wilson, trustee, Fischtein and Mayzel on behalf of the appellant, established a contractual relationship between Tanenbaum and the appellant. The trial judge looked only at the December 7, 1965 agreement between Wilson, trustee, and Fischtein, and the December 8, 1965 agreement between Fischtein and International, concluding that there was no privity between Tanenbaum and the appellant. The appellant submitted that the escrow agreement of December 8, 1965 between the appellant's solicitors and Wilson, trustee, should be read in conjunction with the other two agreements. The escrow agreement confirms that Wilson, trustee, had agreed to redeem the property and compensate International for costs of \$16,000, and that International had agreed to execute a quitclaim with respect to its interests in the property. Although the agreement establishes that Wilson and Mayzel dealt with each other to facilitate the redemption and transfer of the property, it does not establish that International had any contractual relationship with Tanenbaum with respect to development of the property.

The plaintiff failed to establish that it gave anything more than a quitclaim as consideration for an alleged contract with Tanenbaum. Although Mayzel testified that the appellant's equity in the property was three times the amount of the outstanding mortgages, no evidence was adduced to support this assertion which was challenged on cross-examination. Wilson testified that \$2,000 an acre, the price in effect paid by Tanenbaum, was considered by Fischtein to be at least equivalent to market value. Wilson's testimony that International had no equity in the land is supported by Mayzel's admission that he and his companies were seriously in debt and by the fact that the first mortgagee agreed, shortly before the final order of foreclosure, to assign his mortgage for the amount owing to him for principal and interest. Mayzel asserted that he had entered into the transactions with Fischtein and Wilson in order to protect his equity, but his dealings are equally consistent with an attempt to avoid liability on his personal guar-

Même s'il n'y a pas d'intention commune de créer une société entre Tanenbaum et International, il reste toujours à déterminer si les conventions conclues par Wilson, fiduciaire, Fischtein et Mayzel, au nom de l'appelante, ont établi une relation contractuelle entre Tanenbaum et cette dernière. Le juge du procès a examiné seulement la convention du 7 décembre 1965 entre Wilson, fiduciaire, et Fischtein et celle du 8 décembre 1965, entre Fischtein et International, concluant qu'il n'y avait pas de lien de droit entre Tanenbaum et l'appelante. Cette dernière a plaidé que la convention d'entiercement du 8 décembre 1965 entre ses avocats et Wilson, fiduciaire, devrait être lue en corrélation avec les deux autres conventions. La convention d'entiercement confirme que Wilson, fiduciaire, avait accepté de racheter la propriété et de verser à International \$16,000 à titre de frais et qu'International avait accepté de signer un acte de transfert relativement à ses droits dans la propriété. Bien que la convention établisse que Wilson et Mayzel ont traité ensemble pour faciliter le rachat et le transfert de la propriété, elle n'établit pas qu'International ait eu une relation contractuelle quelconque avec Tanenbaum relativement à l'aménagement de ladite propriété.

La demanderesse n'a pas réussi à établir qu'elle a donné plus qu'une quittance en contrepartie d'un prétendu contrat avec Tanenbaum. Bien que Mayzel ait déposé que la valeur du terrain était le triple du montant des hypothèques existantes, aucune preuve n'a été apportée à l'appui de cette affirmation qui a été contestée au cours du contre-interrogatoire. Wilson a déposé que \$2,000 l'acre, le prix effectivement payé par Tanenbaum, était considéré par Fischtein comme étant au moins égal à la valeur marchande. Le témoignage de Wilson qu'International n'avait pas fait de mise de fonds dans le terrain est appuyé par Mayzel qui a admis que ses compagnies et lui-même étaient sérieusement endettés et par le fait que le premier créancier hypothécaire avait convenu, peu avant l'ordonnance définitive de forclusion, de céder son hypothèque pour le montant qui lui était dû en principal et intérêts. Mayzel a affirmé qu'il avait traité avec Fischtein et Wilson en vue de protéger sa mise de fonds, mais ses tractations peuvent aussi

antees. Thus, although it is clear that Mayzel negotiated with Wilson with respect to the redemption of the property and its transfer to Wilson, there is no evidence that was accepted that Tanenbaum, or Wilson on his behalf, agreed that International would have an interest in the profits of development of the land or that International gave valuable consideration for such an interest.

The trial judge was justified in allowing the defendant Tanenbaum's motion for non-suit on the basis that there was no privity of contract between Tanenbaum and International with respect to the agreement to develop the land.

Even if privity were found, the plaintiff would not succeed since it did not establish that Tanenbaum or Fischtein breached their obligations. The December 7, 1965 agreement between Wilson, trustee, and Fischtein established a partnership for two years, limited to the development or sale of the property. Wilson, as trustee for Tanenbaum, undertook to "provide funds for surveys, engineering and architectural fees, legal fees and local or provincial charges for subdividing the lands". Fischtein undertook to "do all necessary planning and negotiating for the development on the lands of a subdivision". The agreement required approval within two years of "a residential subdivision and/or such other commercial or industrial development as may be required". Fischtein was advised early in 1966, and the evidence at trial established, that there was no likelihood of obtaining approval for a plan of subdivision with respect to the whole property within the two year time limit. Fischtein was thus justified in refusing to proceed with development plans. There is no evidence that Wilson or Tanenbaum refused to provide funds for the costs incurred by Fischtein.

When Mayzel entered the December 8, 1965 agreement with Fischtein, he had full knowledge of the terms of the December 7, 1965 agreement and was aware of the prospects for development of

bien signifier qu'il essayait de se dégager des obligations découlant de ses garanties personnelles. Ainsi, bien qu'il soit clair que Mayzel a négocié avec Wilson au sujet du rachat de la propriété et de son transfert à Wilson, aucune des preuves admises n'indique que Tanenbaum, ou Wilson en son nom, a accepté qu'International participe aux bénéfices de l'aménagement du terrain ni qu'International a donné une contrepartie pour un tel droit.

Le juge du procès a eu raison d'accorder le non-lieu demandé par le défendeur Tanenbaum au motif qu'il n'y avait pas de lien contractuel entre Tanenbaum et International relativement à la convention d'aménagement du terrain.

Même si l'on concluait à l'existence d'un lien de droit, la demanderesse n'aurait pas gain de cause, puisqu'elle n'a pas établi que Tanenbaum ou Fischtein n'ont pas exécuté leurs obligations. La convention du 7 décembre 1965 entre Wilson, fiduciaire, et Fischtein a établi une société pour une durée de deux ans, dont le seul objet était l'aménagement ou la vente de la propriété. Wilson, comme fiduciaire de Tanenbaum, s'est engagé à [TRADUCTION] «fournir des fonds pour les honoraires des arpenteurs, des ingénieurs et des architectes, les frais juridiques et les droits locaux ou provinciaux pour le lotissement des terrains». Fischtein s'est engagé à [TRADUCTION] «entreprendre toute la planification et les négociations nécessaires aux fins du lotissement des terrains». La convention exigeait l'approbation, dans les deux ans, d'un [TRADUCTION] «lotissement résidentiel et/ou tel autre aménagement commercial ou industriel, selon le cas». Fischtein a été avisé au début de 1966, et la preuve au procès l'a établi, qu'il n'y avait aucune chance d'obtenir l'approbation d'un plan de lotissement de la totalité de la propriété dans le délai de deux ans. Fischtein était donc justifié de refuser de procéder à un plan d'aménagement. Rien ne démontre que Wilson ou Tanenbaum aient refusé de fournir des fonds pour les frais engagés par Fischtein.

Quand Mayzel a conclu la convention du 8 décembre 1965 avec Fischtein, il avait pleine connaissance des termes de la convention du 7 décembre 1965 et était au courant des possibilités d'amé-

the land. International assumed fifty per cent of Fischtein's duties under the December 7, 1965 agreement, but although Mayzel urged Fischtein to pursue subdivision approval, he did not take any initiative himself to develop subdivision plans or submit accounts for expenses until October 1967. The plans he developed related to an industrial subdivision on only one-fifth of the land, and thus did not meet the terms of the December 7, 1965 agreement. Neither Fischtein nor Tanenbaum was obliged to support an application for approval of this partial subdivision plan. The plaintiff's failure to establish that either Tanenbaum or Fischtein breached their obligations under the December 1965 agreements provides additional grounds for the trial judge's decision to allow the motion for non-suit.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Solicitors for the respondents: Robins & Robins, Toronto.

nagement du terrain. International a assumé 50 pour cent des obligations de Fischtein en vertu de la convention du 7 décembre 1965, mais bien que Mayzel ait pressé Fischtein de poursuivre l'approbation du lotissement, il n'a pris aucune initiative lui-même pour préparer les plans de lotissement ou pour présenter des comptes de dépenses avant octobre 1967. Les plans qu'il a préparés visaient un lotissement à usage industriel d'un cinquième du terrain seulement et, partant, ils ne répondaient pas aux conditions de la convention du 7 décembre 1965. Ni Fischtein ni Tanenbaum n'étaient obligés d'appuyer une demande d'approbation de ce plan de lotissement partiel. Le fait que la demanderesse n'a pas pu établir que Tanenbaum ou Fischtein n'ont pas exécuté leurs obligations découlant des conventions de décembre 1965, fournit un motif additionnel à la décision du juge du procès d'accueillir la requête de non-lieu.

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Procureurs des intimés: Robins & Robins, Toronto.

Roger Paré *Appellant*;

and

Dame Carole Bonin *Respondent*.

1975: May 9; 1976: April 1.

Present: Laskin C.J. and Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

Matrimonial law — Annulment of marriage — Lack of consent — Putative marriage — Nullity of the marriage contract — Maintenance of the civil advantages — Civil Code, arts. 116, 139, 141, 142, 163, 164, 2202.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Appellant and respondent were married on July 30, 1966. Previously, on June 18, by contract of marriage, the parties had adopted the system of separation of property, and the future husband had conferred certain advantages on the future wife. On November 24, 1970 the Superior Court allowed the action to have appellant's marriage declared null, it having been established that at the time of the marriage respondent was suffering from paranoid schizophrenia and could not give a valid consent. However, the Court refused to annul the marriage contract and declare that respondent had forfeited the advantages conferred on her by the contract; nor did it rule on the conclusion asking that respondent be declared to have forfeited all the civil advantages of the marriage. The Court of Appeal varied the judgment of the Superior Court by declaring the marriage contract null, but it expressly refused to declare that respondent had forfeited the civil advantages of the marriage. Appellant appeals to this Court against this last part of the decision, and is seeking a declaration that respondent has forfeited the civil effects of the marriage.

Held: The appeal should be dismissed.

Appellant is relying on three submissions to support his claim: (1) the marriage is not only an absolute nullity; under art. 116 C.C. it is non-existent, as there was no consent, and it consequently cannot produce any civil effects; (2) the marriage was not *contracted*, as required by art. 163 C.C.; (3) respondent was not in good faith at the time of solemnization.

Whether we accept or reject the distinction between a non-existent and a null marriage, the issue in the case at bar is whether the law wished to attach effects to the marriage, which was void for absence of consent. The legislator has not established a special scheme for such

Roger Paré *Appellant*;

et

Dame Carole Bonin *Intimée*.

1975: le 9 mai; 1976: le 1^{er} avril.

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

Droit matrimonial — Annulation de mariage — Absence de consentement — Mariage putatif — Nullité du contrat de mariage — Maintien des avantages civils — Code civil, art. 116, 139, 141, 142, 163, 164, 2202.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

L'appellant et l'intimée se sont mariés le 30 juillet 1966. Au préalable, le 18 juin, les parties avaient adopté par contrat de mariage le régime de la séparation de biens. Dans ce contrat, le futur époux conférait certains avantages à la future épouse. Le 24 novembre 1970, la Cour supérieure a accueilli l'action en annulation de mariage de l'appellant, ayant été établi que l'intimée souffrait, à l'époque du mariage, de schizophrénie paranoïde et ne pouvait donner de consentement valable. Le tribunal a cependant refusé d'annuler le contrat de mariage et de déclarer que l'intimée était déchue des avantages que lui conférait ce contrat; il n'a pas non plus adjugé sur la conclusion demandant que l'intimée soit déclarée déchue de tous les avantages civils du mariage. La Cour d'appel a modifié le jugement de la Cour supérieure en déclarant nul le contrat de mariage, mais elle a refusé expressément de déclarer l'intimée déchue des avantages civils du mariage. L'appellant se pourvoit devant cette Cour contre cette dernière partie de l'arrêt et demande que l'intimée soit déclarée déchue des effets civils.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

A l'appui de sa prétention, l'appellant invoque trois moyens: (1) le mariage n'est pas seulement nul de nullité absolue, il est, faute de consentement, inexistant vu l'art. 116 C.c. et il ne saurait par conséquent produire d'effets civils; (2) le mariage n'a pas été *contracté* comme l'exige l'art. 163 C.c.; (3) l'intimée n'était pas de bonne foi lors de la célébration.

Que l'on accepte ou rejette les distinctions entre un mariage inexistant et un mariage nul, il s'agit de déterminer si, en l'espèce, la loi a voulu faire produire des effets au mariage nul pour défaut de consentement. Le législateur n'a pas établi de régime particulier pour

cases of nullity and has provided for the case of a marriage by an insane person in arts. 139, 141 and 142 C.C., in the chapter on oppositions to marriage. Since this semblance of marriage must be avoided by a declaration of nullity, the general provisions of arts. 163 and 164 C.C. apply to everything concerning civil effects. These provisions do not distinguish among the causes of nullity but they refer to nullities which must be *declared* by judgment. In the case at bar, a marriage solemnized in accordance with the law surely could not be voided by the operation of the law: the intervention of a court was necessary, as provided in art. 163 C.C.

As a second submission, appellant maintains that the marriage could not have been "contracted in good faith" as provided in art. 163, since owing to the want of consent, there was never a contract. The expression "contracted" must not be given its strictest sense, since if the parties have validly contracted a marriage, the marriage cannot be declared null. The aim of the clause is to require not a contract but rather a semblance of marriage, and also to require that the parties be in good faith at the time of the marriage. The use of the word "contracted" in the article has a legal significance, but not the one which appellant is suggesting.

As for the third submission, it is based on the fact that owing to her condition, respondent was incapable of being in good faith, since the concepts of good and bad faith presuppose discernment. However, although one must be capable of discernment to be in bad faith, the same does not apply to acting in good faith where the latter is defined as ignorance of the reason for the invalidity of the act. The legislator's objective in arts. 163 and 164 C.C. is that there should be no bad faith. Although legal opinion and the case law are divided on the advisability of applying to questions of marriage the presumption in art. 2202 C.C., mere evidence of inability to give a valid consent does not suffice to prevent the application of the presumption of good faith when a putative marriage is involved. To hold otherwise would have the effect of refusing the civil effects of marriage in all cases where one of the parties is ignorant of the other's insanity at the time the marriage is solemnized. Rules of equity must not be interpreted so as to deprive the weaker party of the protection they extend to all those who did not wish to contravene the law. Appellant's third submission, like the other two, is without foundation.

Ahmed-ben-Youssef v. Aïcha-bent-Mahomed-ben-Mustapha, D.P. 1880.2.161; *Decaudin v. Bayle*, Gaz. Pal. 1937.2.598; *Ettouhami ben Ali el Hamrouni v. Dame Assia bent Sadok ben Amor Boulila*, D. 1957.1.557; *Berthiaume v. Dastous*, [1930] A.C. 79;

pareille nullité et il a expressément prévu le cas du mariage d'un dément aux art. 139, 141 et 142 C.c. au chapitre des oppositions au mariage. Cette apparence de mariage devant être détruite par une déclaration de nullité, les dispositions générales des art. 163 et 164 C.c. s'appliquent à tout ce qui concerne les effets civils. Ces dispositions ne distinguent pas entre les causes de nullité mais elles visent les nullités qu'il faut faire *déclarer* par jugement. En l'espèce, la nullité du mariage célébré en conformité de la loi ne pouvait sûrement pas se produire par l'opération de la loi: il fallait l'intervention du juge comme le prévoit l'art. 163.

Comme deuxième moyen, l'appelant soutient que le mariage n'a pu avoir été «contracté de bonne foi» comme le prévoit l'art. 163, étant donné qu'en l'absence de consentement, il n'y a jamais eu de contrat. Il ne faut pas donner à l'expression «contracté» son sens le plus rigoureux car si les parties ont valablement contracté un mariage, ce dernier ne peut être déclaré nul. Le but de la proposition n'est pas d'exiger un contrat, mais plutôt une apparence de mariage et aussi de requérir que les parties aient été de bonne foi au moment du mariage. L'emploi du mot «contracté» dans l'article a une portée juridique mais non pas celle que l'appelant suggère.

Quant au troisième moyen, il se fonde sur le fait que l'intimée, en raison de son état, était incapable d'être de bonne foi puisque les notions de bonne et de mauvaise foi présupposent le discernement. Toutefois, s'il faut être capable de discernement pour être de mauvaise foi, il en est tout autrement pour agir de bonne foi, lorsque celle-ci est définie comme l'ignorance de la cause d'invalidité de l'acte. Ce que le législateur veut aux art. 163 et 164 C.c., c'est qu'il n'y ait pas de mauvaise foi. Et même s'il n'y a pas unanimité de la doctrine et de la jurisprudence sur l'opportunité d'appliquer en matière de mariage la présomption de l'art. 2202 C.c., la seule preuve de l'incapacité de donner un consentement valable ne suffit pas à écarter l'application de la présomption de bonne foi quand il s'agit d'un mariage putatif. Statuer autrement aurait pour conséquence de refuser les effets civils du mariage dans tous les cas où la démence d'un conjoint est ignorée de l'autre au moment de la célébration du mariage. Il ne faut pas interpréter des dispositions d'équité de manière à priver la partie la plus faible de la protection qu'elles étendent à tous ceux qui n'ont pas voulu violer la loi. Ce troisième moyen de l'appelant, comme les deux autres, est aussi mal fondé.

Arrêts mentionnés: *Ahmed-ben-Youssef c. Aïcha-bent-Mahomed-ben-Mustapha*, D.P. 1880.2.161; *Decaudin c. Bayle*, Gaz. Pal. 1937.2.598; *Ettouhami ben Ali el Hamrouni c. Dame Assia bent Sadok ben Amor Boulila*, D. 1957.1.557; *Berthiaume v. Dastous*, [1930]

Stephens v. Falchi, [1938] S.C.R. 354; *Richard v. Levasseur*, [1957] C.S. 323; *Darche v. Byron*, [1946] C.S. 123; *M. v. P.*, [1966] C.S. 475; *Bergeron v. Proulx*, [1967] C.S. 579; *L. v. L.*, [1968] C.S. 480, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec¹ varying a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

Claude Dugas, Q.C., for the appellant.

C. Trudel and *C. Landreville*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.—The issue is whether a marriage which was declared null because one of the parties was insane at the time of solemnization produces the civil effects of a putative marriage in favour of this party.

The marriage of appellant and respondent was solemnized on July 30, 1966 in the church of the Parish of Ste-Thérèse de l'Enfant Jésus in Joliette. Previously, on June 18, by contract of marriage, the parties had adopted the system of separation of property and the future husband had conferred certain advantages on the future wife.

In October 1969 appellant brought an action against respondent seeking to have the marriage and the contract of marriage declared null; he also sought a declaration that respondent had forfeited all the civil advantages of the marriage.

The action was contested by respondent, who simply asked that it be dismissed.

On November 24, 1970 the Superior Court allowed the action. It held that at the time of marriage, respondent was suffering from paranoid schizophrenia and could not give a valid consent; the marriage was therefore null under art. 116 C.C.; however, whereas respondent, being of unsound mind, was not in bad faith—, neither one of the parties being indeed in bad faith—the Court expressly refused to declare that respondent had forfeited the advantages conferred on her by the marriage contract of June 18, 1966. The Court did not rule on the conclusion asking that respondent

¹ [1973] C.A. 875.

A.C. 79; *Stephens c. Falchi*, [1938] R.C.S. 354; *Richard c. Levasseur*, [1957] C.S. 323; *Darche c. Byron*, [1946] C.S. 123; *M. c. P.*, [1966] C.S. 475; *Bergeron c. Proulx*, [1967] C.S. 579; *L. c. L.*, [1968] C.S. 480.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ qui a modifié un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

Claude Dugas, c.r., pour l'appellant.

C. Trudel et *C. Landreville*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Il s'agit de décider si un mariage déclaré nul à cause de la démence de l'une des parties lors de la célébration produit en sa faveur les effets civils d'un mariage putatif.

Le 30 juillet 1966, en l'église de la Paroisse Ste-Thérèse de l'Enfant Jésus à Joliette, est célébré le mariage de l'appelant et de l'intimée. Au préalable, le 18 juin, les parties ont adopté par contrat de mariage le régime de la séparation de biens; dans ce contrat, le futur époux confère certains avantages à la future épouse.

En octobre 1969, l'appelant intente à l'intimée une action par laquelle il demande que le mariage soit déclaré nul à toutes fins que de droit, de même que le contrat de mariage; il demande également que l'intimée soit déclarée déchu de tous les avantages civils du mariage.

L'action est contestée par l'intimée qui en demande simplement de rejet.

Le 24 novembre 1970, la Cour supérieure accueille l'action: l'intimée souffrait, à l'époque du mariage, de schizophrénie paranoïde et ne pouvait donner de consentement valable; le mariage est donc nul, vu l'art. 116 C.c.; considérant par contre que l'intimée, n'étant pas saine d'esprit, n'était pas de mauvaise foi,—ni l'une ni l'autre des parties n'étant d'ailleurs de mauvaise foi,—le tribunal refuse expressément de déclarer l'intimée déchu des avantages que lui confère le contrat de mariage du 18 juin 1966; le tribunal n'adjudge pas sur la conclusion demandant que l'intimée soit

¹ [1973] C.A. 875.

be declared to have forfeited all the civil advantages of the marriage.

Appellant brought an appeal asking the Quebec Court of Appeal to vary the judgment of the Superior Court by declaring the marriage contract of June 18, 1966, null, and by declaring that respondent had forfeited the civil advantages of the marriage. Respondent simply contested the appeal.

The Court of Appeal allowed the appeal in part declaring the marriage contract null by reason of an inherent deficiency namely lack of consent on the part of respondent. However, it expressly refused to declare that respondent had forfeited the civil advantages of the marriage. The only reason why the Court of Appeal did not grant the civil effects of the marriage to respondent lies in the fact that respondent had not made any claim to that effect.

It is against this decision that appellant appeals; he is seeking a declaration that respondent has forfeited the civil effects of the marriage. Respondent is asking only that the appeal be dismissed.

The relevant provisions of the *Civil Code* are as follows:

Art. 116. There is no marriage when there is no consent.

Art. 163. A marriage although declared null, produces civil effects, as well with regard to the husband and wife as with regard to the children if contracted in good faith.

Art. 164. If good faith exists on the part of one of the parties only, the marriage produces civil effects in favor of such party alone and in favor of the children issue of the marriage.

Art. 2202. Good faith is always presumed.

He who alleges bad faith must prove it.

According to appellant's first submission, his marriage is not only an absolute nullity: under art. 116 *C.C.*, it is *non-existent* as there was no consent, and it consequently cannot produce any civil effects. The second submission is that the marriage was not *contracted*, as required by art. 163 *C.C.*

déclarée déchu de tous les avantages civils du mariage.

L'appelant interjette appel et demande à la Cour d'appel du Québec de modifier le jugement de la Cour supérieure en déclarant nul le contrat de mariage du 18 juin 1966, et en déclarant l'intimée déchu des avantages civils du mariage. L'intimée se contente de contester l'appel.

La Cour d'appel accueille en partie l'appel et déclare nul le contrat de mariage à cause d'une déficience qui lui est propre, le défaut de consentement de l'intimée; mais elle refuse expressément de déclarer l'intimée déchu des avantages civils du mariage; la seule raison pour laquelle elle ne croit pas pouvoir les accorder affirmativement tient à ce que l'intimée n'a pas pris de conclusion dans ce sens.

C'est contre cet arrêt que l'appelant se pourvoit: il demande que l'intimée soit déclarée déchu des effets civils. L'intimée demande uniquement le rejet du pourvoi.

Les dispositions pertinentes du *Code civil* se lisent comme suit:

Art. 116. Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement.

Art. 163. Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il est contracté de bonne foi.

Art. 164. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants nés du mariage.

Art. 2202. La bonne foi se présume toujours.

C'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver.

Le premier moyen de l'appelant c'est que son mariage n'est pas seulement nul de nullité absolue: faute de consentement, il est *inexistent* vu l'art. 116 *C.c.*, et il ne saurait par conséquent produire d'effets civils. Le deuxième moyen, c'est que le mariage n'a pas été *contracté* comme l'exige l'art.

The third submission is that respondent was not in *good faith* at the time of solemnization.

In this Court, and in response to the view of the Court of Appeal, which likened a marriage void for lack of consent to a marriage void by reason of a vice of form, appellant sought to combine his first two submissions in order to give them a cumulative effect if possible. His contention is that a marriage declared null under art. 116 C.C.—an article which has been said to apply only to the marriage of an insane person (J. Loranger, *Commentaire sur le Code civil*, Vol. 2, No. 70, at pp. 72 and 73)—is a *sui generis* case, distinct from other cases of void marriages, and which does not come under arts. 163 and 164 C.C.

Without overlooking this contention, I shall nevertheless deal with the three submissions separately, since distinguishing them facilitates analysis and since the Court of Appeal attached importance to the first one even though appellant no longer insists on it as if it were an independent submission.

The first submission

French legal opinion has been divided on the question of the distinction that should be made between a marriage which is a nullity and a non-existent marriage, not to mention a relatively null or voidable marriage. Some hold that the distinction is fundamental (Aubry and Rau, *Droit civil français*, 4th ed., T.V. Nos. 450 ff.; K.S. Zachariae, *Le droit civil français*, Vol. 1, 1854, at pp. 199 ff.; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, Vol. 2, 3rd ed., 1878, at p. 650, No. 515; Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3rd ed., 1908, Vol. 3, at p. 502).

The category of non-existent marriages has been taken to include, *inter alia*, marriages solemnized otherwise than by a competent public officer, marriages contracted by a civilly dead person, marriages between two persons of the same sex and marriages to which at least one of the two parties did not consent at all—as opposed to marriages affected by consent that was simply vitiated.—There has been a tendency to draw from the theory of non-existent marriage, without always distinguishing between the kinds, certain conse-

163 C.c. Le troisième, c'est que l'intimée n'était pas de *bonne foi* lors de la célébration.

Devant nous, et pour répondre à la Cour d'appel qui assimile le mariage nul pour absence de consentement au mariage nul pour vice de forme, l'appelant a voulu combiner les deux premiers moyens afin de leur donner si c'est possible un effet cumulatif. Sa prétention, c'est que le mariage trouvé nul à cause de l'art. 116 C.c.,—article dont on a dit qu'il ne concerne que le mariage du dément, (J. Loranger, *Commentaire sur le Code civil*, t. 2, n° 70, aux pp. 72 et 73),—constitue un cas unique, distinct des autres cas de mariages nuls, qui ne tombe pas sous le coup des art. 163 et 164 C.c.

Sans oublier cet argument, je traiterai néanmoins des trois moyens parce que leur distinction facilite l'analyse et parce que la Cour d'appel attache de l'importance au premier même si l'appelant n'insiste plus sur lui comme sur un moyen autonome.

Le premier moyen

La doctrine française s'est partagée au sujet de la distinction qu'il y aurait lieu de faire entre le mariage radicalement nul et le mariage inexistant, sans parler du mariage relativement nul ou annulable. Certains tiennent que la distinction est fondamentale. (Aubry et Rau, *Droit civil français*, 4^e éd. T.V. n^{os} 450 et ss; K.S. Zachariae, *Le droit civil français*, t. 1, 1854, aux pp. 199 et ss; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 2, 3^e éd., 1878, à la p. 650 n^o 515; Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e éd., 1908, t. 3, à la p. 502).

On a fait entrer dans la catégorie des mariages inexistants, entre autres, le mariage à la célébration duquel n'a pas présidé un officier public compétent, le mariage contracté par une personne frappée de mort civile, le mariage de deux personnes du même sexe, le mariage auquel au moins l'une des deux parties n'a absolument pas consenti—par opposition au mariage affecté par un consentement simplement vicié.—On a été porté à tirer de la théorie du mariage inexistant, sans toujours distinguer entre les espèces, certaines con-

quences such as the impossibility that such a marriage produce civil effects, leading to the conclusion that logically the same consequences must inevitably follow in all cases, since that which is non-existent is incapable of producing effects.

Other writers, more recent for the most part, some of whom recognize to some extent the theoretical validity of the distinction between marriage which is null and a non-existent marriage, nonetheless see practical problems in it and would like non-existent marriages, to be treated as null and void marriages, capable of producing civil effects (V. Marcadé, *Explication du Code Napoléon*, 6th ed., 1869, Vol. 1, at pp. 492 ff.; Beudant, Lerebourg-Pigeonnière and Batifol, *Cours de Droit civil français*, 2nd ed., 1936, Vol. 2, at p. 487; Colin and Capitant and Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, 1957, Vol. 1, at p. 590). A few adopt the second point of view, but make exception for cases of total lack of solemnization or incontestable identity of sex (Planiol and Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2nd ed., 1952, Vol. 2, at p. 205, No. 322). Some have even gone so far as to distinguish, perhaps not without reason, between a non-existent act, which is an aborted act, and the complete absence of an act (Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 2nd ed., 1932, at pp. 100, 101, 444 ff.).

The Court of Appeal whose judgment has been reported (*supra*, note 1), studied the doctrine and quoted most of the authorities to whom I have referred; this makes it unnecessary for me to cite them as well.

In France, case law has shown a preference for the second school, which likens non-existence to nullity, but in most cases the parties, or one of them, while acting in good faith did not comply with the formalities required by local laws relating to solemnization. (See for example *Ahmed-ben-Youssef v. Aïcha-bent-Mahomed-ben-Mustapha*²; *Decaudin v. Bayle*³;—in this latter judgment, however, the Court in an *obiter dictum* recognized the concept of non-existence in cases

² D.P. 1880.2.161.

³ Gaz. Pal. 1937.2.598.

séquences comme l'impossibilité qu'un tel mariage puisse produire des effets civils, donnant à penser que, par une nécessité logique, les mêmes conséquences doivent fatalement suivre dans tous les cas de mariages inexistant, le néant ne pouvant produire d'effets.

D'autres auteurs, plus modernes pour la plupart, dont certains reconnaissent jusqu'à un certain point la validité théorique de la distinction entre le mariage nul et le mariage inexistant, y voient cependant des inconvénients pratiques et veulent que l'on traite le mariage inexistant, s'il en est, comme un mariage radicalement nul, capable de produire les effets civils. (V. Marcadé, *Explication du Code Napoléon*, 6^e éd., 1869, t. 1, aux pp. 492 et ss; Beudant, Lerebourg-Pigeonnière et Batifol, *Cours de Droit civil français*, 2^e éd., 1936, t. 2, à la p. 487; Colin et Capitant et Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, 1957, t. 1, à la p. 590). Quelques-uns se rallient à la seconde opinion en faisant toutefois exception pour les cas de défaut absolu de célébration ou d'identité incontestable du sexe. (Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., 1952, t. 2, à la p. 205 n° 322). On a même été jusqu'à distinguer, peut-être non sans raison, entre l'acte inexistant qui est un acte avorté et l'absence complète d'acte. (Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd., 1932, aux pp. 100, 101, 444 et ss).

La Cour d'appel fait une étude de la doctrine et cite la plupart des auteurs auxquels je réfère ce qui me dispense de les citer également puisque son arrêt est publié (*supra*, renvoi n° 1).

En France, la jurisprudence a manifesté sa préférence pour la deuxième école, qui assimile l'inexistence à la nullité, mais il s'agit surtout de cas où les parties ou l'une d'elles, de bonne foi, n'ont pas respecté les formalités requises par les lois du lieu de la célébration. (Voir par exemple *Ahmed-ben-Youssef c. Aïcha-bent-Mahomed-ben-Mustapha*²; *Decaudin c. Bayle*³;—dans ce dernier arrêt, la Cour reconnaît cependant, en *obiter*, la notion d'inexistence dans les hypothèses

² D.P. 1880.2.161.

³ Gaz. Pal. 1937.2.598.

where "there is not even a semblance of validity, such as those in which there is an incontestable identity of sex or a total lack of solemnization";—*Ettouhami ben Ali el Hamrouni v. Dame Assia bent Sadok ben Amor Boulila*⁴;—in this judgment a marriage unlawfully solemnized in accordance with Tunisian custom was given the effects of a putative marriage; the consent of the wife, if any, was given by her father before notaries and not before an officer having jurisdiction with respect to acts of civil status.—)

With respect to Quebec, the Judicial Committee of the Privy Council has decided, as have the French authorities, that civil effects should be granted to a marriage where the parties, by getting married before a priest rather than a registrar, have in good faith failed to comply with local laws relating to solemnization: *Berthiaume v. Dastous*⁵. The Court of Appeal relied on this judgment as well as on the more recent French authors; it concluded that one cannot distinguish between two types of absolute nullity considered by some to be cases of non-existent marriages, namely, nullity resulting from vice of form and nullity resulting from lack of consent and, as it would seem, that the theory of non-existent marriage is to be rejected. Since the Judicial Committee has granted civil effects in one case, the Court of Appeal would grant them in the other.

I have come to the same conclusions as the Court of Appeal by way of a different route.

Taken to its extremes in all cases in which it has been put forward, the theory of non-existent marriage could have very serious consequences, in civil and even in criminal law; one could, for example, in a sense try to take the law into one's own hands by avoiding the necessity of having at the very least the non-existence of a first marriage established by judgment before contracting a new one. On the other hand, a total rejection of the theory of non-existent marriage might mean assimilating marriage to concubinage and perhaps other sorts of union deprived of even the appearances of marriage. Professor Carbonnier points out that the theory of non-existent marriage, far from being

où «il n'y a même pas d'apparence de validité telles que celles de l'identité incontestable de sexe ou de défaut absolu de célébration»;—*Ettouhami ben Ali el Hamrouni c. Dame Assia bent Sadok ben Amor Boulila*⁴;—dans cet arrêt, on donne à un mariage célébré illégalement selon la coutume tunisienne les effets d'un mariage putatif; le consentement de l'épouse, s'il en était, a été exprimé par son père, devant des notaires et non pas devant un officier de l'état civil.—)

Pour le Québec, le Comité judiciaire du Conseil Privé a décidé, comme la jurisprudence française, que l'on doit accorder les effets civils à un mariage dont les parties ont de bonne foi passé outre aux lois du lieu de la célébration en se mariant devant un prêtre et non pas devant un officier de l'état civil: *Berthiaume v. Dastous*⁵. La Cour d'appel se fonde sur cet arrêt de même que sur la doctrine française plus récente; elle conclut que l'on ne peut distinguer entre deux sortes de nullités radicales considérées par certains comme des cas de mariages inexistantes, la nullité qui résulte d'un vice de forme et celle qui provient de l'absence de consentement, et, semble-t-il, que l'on doit aussi rejeter la théorie du mariage inexistant. Comme le Comité judiciaire accorde les effets civils dans un cas, la Cour d'appel les accorderait dans l'autre.

J'arrive aux mêmes conclusions que la Cour d'appel mais par une voie différente.

Poussée jusqu'à ses limites extrêmes dans tous les cas où on l'a mise de l'avant, la théorie du mariage inexistant pourrait avoir les conséquences les plus graves, en droit civil et même en droit pénal; on pourrait par exemple vouloir en quelque sorte se faire justice à soi-même en se dispensant, avant de contracter un nouveau mariage, de faire à tout le moins constater par jugement la lacune du premier. D'autre part, rejeter totalement la théorie du mariage inexistant pourrait vouloir dire que l'on assimile au mariage le concubinage et peut-être d'autres sortes d'unions n'ayant même pas les apparences du mariage. Le professeur Carbonnier démontre que la théorie du mariage inexistant,

⁴ D. 1057.1.557.
⁵ [1930] A.C. 79.

⁴ D. 1957.1.557.
⁵ [1930] A.C. 79.

based on a "sort of rational necessity, was developed for highly practical purposes": the need to circumvent the former rule to the effect that in matters of marriage there was no nullity unless written law explicitly so provided, and especially the desire to protect the monopoly of the civil status registry system in domestic law, if not in private international law. J. Carbonnier, *Droit civil*, 1969, Vol. 2, at pp. 111 and 112.

In my opinion, in an area as diverse and complex as that of marriage nullities, it is difficult to reason by analogy, just as it is hazardous to deduce through syllogisms all the consequences which should rationally follow from acceptance of a single theory or postulate. Pure deduction is particularly inappropriate with reference to putative marriages, an equitable institution which tempers the severity of nullities and at the same time holds their logic in check. Pothier expressed it well:

[TRANSLATION] 437. The situation in which a marriage, although void, has civil effects, is where the contracting parties were acting in good faith and had just cause for being ignorant of a diriment impediment which made it void.

How can this marriage which is void give such rights to the children who are born of it?—for *quod nullum est, nullum producit effectum*. The answer is that although this marriage, since it is considered void, cannot give them such rights, the good faith of the contracting parties confers rights on them, compensating in this sense for the defect in the marriage . . .

438. Does the good faith of the parties who have contracted a void marriage similarly give this marriage civil effects, thereby confirming their marriage covenants and giving the wife dower? There is reason for believing it does.

It will be argued that marriage covenants depend on the condition *si nuptiae sequantur*, a condition which has not been fulfilled since it cannot be said that the covenants were followed by a marriage between the parties; what followed was not a genuine marriage since it is void. The answer is that the good faith of the contracting parties compensates for the nullity of the marriage with the result that the conditions are regarded as fulfilled, just as the children born of it are considered legitimate. M. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, 1861, Vol. 6, pp. 197 and 198.

loin d'être inspirée «par une sorte de nécessité rationnelle répondait à des fins très pratiques»: le besoin d'échapper à la règle qui voulait autrefois qu'il n'y ait pas, en matière de mariage, de nullité sans texte, et surtout le souci de protéger en droit interne, sinon en droit international privé, le monopole de l'état civil. J. Carbonnier, *Droit civil*, 1969, t. 2, aux pp. 111 et 112.

A mon avis, dans une matière aussi diverse et complexe que celle des nullités de mariage, il est délicat de raisonner par analogie comme il est périlleux de faire découler, par voie de syllogisme, toutes les conséquences qui devraient rationnellement suivre la reconnaissance d'une théorie ou d'un postulat unique. La déduction pure est particulièrement inopportune en ce qui concerne le mariage putatif, une institution d'équité, qui apporte un tempérament à la rigueur des nullités et du même coup, met leur logique en échec. Pothier l'avait bien vu:

437. Le cas auquel un mariage, quoique nul, a des effets civils, est lorsque les parties qui l'ont contracté, étaient dans la bonne foi, et avaient une juste cause d'ignorance d'un empêchement dirimant qui le rendait nul.

Comment direz-vous, ce mariage qui est nul, peut-il donner ces droits aux enfants qui en sont nés? car, *quod nullum est, nullum producit effectum*. La réponse est, que si ce mariage, en tant qu'il est considéré comme nul, ne peut pas les leur donner, la bonne foi des parties qui l'ont contracté, les leur donne, en suppléant à cet égard au vice du mariage . . .

438. La bonne foi des parties qui ont contracté un mariage nul, donne-t-elle pareillement à ce mariage les effets civils, à l'effet de confirmer entre elles leurs conventions matrimoniales, et de donner à la femme un douaire? Il y a même raison.

On opposera que les conventions matrimoniales dépendent de la condition *si nuptiae sequantur*, laquelle n'a pas été accomplie, puisqu'on ne peut pas dire qu'elles ont été suivies d'un mariage entre les parties; celui qui a suivi n'étant pas un véritable mariage, puisqu'il est nul. La réponse est, que la bonne foi des parties qui l'ont contracté, supplée à la nullité de ce mariage, et fait regarder la condition comme accomplie, de même qu'elle fait regarder comme légitimes les enfants qui en sont nés. M. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, 1861, t. 6, pp. 197 et 198.

(This text is quoted in part in *Stephens v. Falchi*⁶. The example Pothier refers to in the text is a case of bigamy: the wife of a soldier, who was erroneously believed to be dead, contracted a new marriage.)

Logically a marriage which is a nullity should not produce any effects, but it produces effects nonetheless by the operation of the law if it falls in the category of those on which the law decides to confer effects. If it so wishes, the law can certainly attach effects to that which never existed or which no longer exists. The only question is whether and in what cases it wishes to do so.

In my opinion the law wishes to do so in cases of marriages contracted in good faith and the semblance of which is such that resort to the courts is necessary to avoid them. Apart from doctrinarism, of which one must be wary, and from the categorical wording of art. 116, which is a matter of style, I do not see any legal reason why, dealing with putative marriages, the legislator would, as appellant contends, enact a special scheme applying only to marriages void for absence of consent. The possibility of a marriage by an insane person is foreseen in arts. 139, 141 and 142 C.C., in the chapter on oppositions to marriage. It is important that this semblance of marriage be avoided by a declaration of nullity. Whenever the marriage is one the nullity of which must be declared, the legislator relies in my opinion on the general provisions of arts. 163 and 164 C.C. for everything concerning civil effects. These provisions do not distinguish among the causes of nullity but they refer to nullities which must be *declared* by judgment. This is the case of the marriage of appellant and respondent which was solemnized publicly by a competent officer with the ceremonies prescribed by law. A marriage so solemnized in accordance with the law can surely not be voided by the operation of the law. The intervention of a court is necessary, as provided in art. 163 C.C., and this article becomes applicable to a marriage so declared null subject to the conditions which it lays down.

⁶ [1938] S.C.R. 354.

(Ce texte est cité en partie dans *Stephens c. Falchi*⁶. L'exemple auquel réfère Pothier dans ce texte est un cas de bigamie: l'épouse d'un soldat, qu'erronément on croyait mort, contracte un nouveau mariage.)

Un mariage nul ne devrait logiquement pas produire d'effets, mais il en produit quand même de par la volonté souveraine de la loi s'il entre dans la catégorie de ceux auxquels elle décide d'en conférer. La loi peut parfaitement, si elle le veut, faire produire des effets à ce qui n'a pas existé ou à ce qui n'existe plus. La seule question est de savoir si elle le veut et dans quels cas elle le veut.

Selon moi, elle le veut dans les cas de mariages contractés de bonne foi, dont l'apparence est suffisante pour qu'il soit nécessaire de recourir au juge si on veut les écarter. Mis à part l'esprit de système, dont il faut se garder, et le libellé catégorique de l'art. 116, qui est affaire de style, je ne vois aucun motif juridique pour lequel, en matière de mariage putatif, le législateur aurait, comme le soutient l'appelant, fait un régime particulier au seul mariage nul pour défaut de consentement. La possibilité que le mariage d'un dément se produise est expressément prévue par les art. 139, 141 et 142 C.c., au chapitre des oppositions au mariage. Il importe que cette apparence de mariage soit détruite par une déclaration de nullité. Dès lors qu'il s'agit d'un mariage dont l'invalidité doit être déclarée, le législateur s'en remet à mon sens aux dispositions générales des art. 163 et 164 C.c., pour tout ce qui concerne les effets civils. Ces dispositions ne distinguent pas entre les causes de nullité mais elles visent les nullités qu'il faut faire *déclarer* par jugement. C'est le cas du mariage des parties qui a été célébré publiquement par l'officier compétent, avec les solennités prescrites par la loi. La nullité d'un mariage ainsi célébré en conformité de la loi ne peut sûrement pas se produire par l'opération de la loi. Il faut l'intervention du juge, comme le prévoit l'art. 163 C.c., et la disposition de cet article devient applicable au mariage déclaré nul si les conditions qu'elle prévoit se trouvent satisfaites.

⁶ [1938] R.C.S. 354.

The second submission

This submission is based on the presence of the word "contracted" in art. 163 C.C. Since the marriage must have been "contracted in good faith", there must have been a contract, which is not the case when the marriage is null for want of consent for then the contract never existed.

The expression "contracted" clearly cannot be taken in its strictest sense, since if the parties have validly contracted a marriage, the marriage cannot be declared null. The contract has to be invalid, or at the very least be open to attack. In my opinion the marriage was in fact contracted in the case at bar, but it was contracted in an invalid manner, the word "contracted" being used in as loose a sense as the word "contract" in the expression "contract void for want of consent"; thus, when there is no consent there is no contract and consequently we cannot speak of a contract; however, the expression "void contract" is frequently used because of its convenience. More than convenience is involved here, nevertheless. The aim of the clause "if contracted in good faith" is to require not a contract but rather a semblance of marriage, and also to require that the parties be in good faith at the time of the marriage. Thus there could be a putative marriage if an impediment is discovered after the marriage and if cohabitation continues: P.B. Mignault, *Droit civil canadien*, Vol. 1, at pp. 462 and 463. On the other hand, there could be no question of a putative marriage where no ceremony whatsoever was performed. The use of the word "contracted" in art. 163 C.C. thus has a legal significance, but not the one which appellant is suggesting.

The third submission

Respondent was not in good faith, appellant maintains, because she was incapable of being so; the concepts of good and bad faith presuppose discernment, something from which respondent was deprived. Her marriage therefore does not satisfy the fundamental condition of a putative marriage. (See *Richard v. Levasseur*⁷; *Darche v.*

⁷ [1957] C.S. 323.

Le deuxième moyen

Ce moyen se fonde sur la présence du mot «contracté» dans le libellé de l'art. 163 C.c. Puisque le mariage doit avoir été «contracté de bonne foi», il faudrait qu'il y ait eu contrat, ce qui n'est pas le cas lorsque le mariage est nul pour défaut de consentement car alors le contrat n'a jamais existé.

On ne peut évidemment pas prendre l'expression «contracté» dans son sens le plus rigoureux car si les parties ont valablement contracté un mariage, ce dernier ne peut être déclaré nul. Le contrat se doit de ne pas être valide ou à tout le moins d'être attaquant. A mon avis le mariage a été bel et bien contracté en l'espèce mais il l'a été de façon non valide, le mot «contracté» étant ici employé de façon aussi peu rigoureuse que le mot «contrat» dans l'expression «contrat nul pour défaut de consentement»; en effet quand il n'y a pas de consentement, il n'y a pas de contrat et on ne peut par conséquent pas parler de contrat; pourtant on emploie couramment l'expression «contrat nul» car il est commode de le faire. Ici, il s'agit néanmoins de plus que d'une commodité. Le but de la proposition «dorsqu'il est contracté de bonne foi» n'est pas d'exiger un contrat mais plutôt une apparence de mariage et aussi de requérir que les parties aient été de bonne foi au moment du mariage. Ainsi, il pourrait y avoir mariage putatif si la découverte d'un empêchement survient après le mariage et si la cohabitation continue: P.B. Mignault, *Droit civil canadien*, vol. 1, aux pp. 462, 463. D'autre part, il ne saurait être question de mariage putatif en l'absence de toute cérémonie. L'emploi du mot «contracté», dans l'art. 163 C.c., a donc une portée juridique, mais ce n'est pas celle que l'appellant suggère.

Le troisième moyen

L'intimée n'était pas de bonne foi, soutient l'appelant, car elle en était incapable: les notions de bonne et de mauvaise foi présupposent le discernement dont, par hypothèse, l'intimée était démunie; son mariage ne satisferait donc pas à la condition génératrice du mariage putatif. (Voir dans le même sens: *Richard c. Levasseur*⁷; *Darche c.*

⁷ [1957] C.S. 323.

*Byron*⁸—it would appear—; *M. v. P.*⁹—it would appear—and Germain Brière, “Le mariage putatif” (1959-60), 6 McGill L.J. 217, at p. 221; but *contra*, *Bergeron v. Proulx*¹⁰; *L. v. L.*¹¹.)

No doubt an individual should be able to distinguish good from evil for him to be in bad faith. I do not think, however, that it is necessary to require the same capacity in order to say that he is in good faith when, as is the case, good faith is defined as ignorance of the reason for the invalidity of the act. Ignorance is a lack of knowledge. Whether an individual is capable or incapable of distinguishing good from evil is of little importance in this connection. There is still ignorance.

Moreover, regardless of the form the legislator used to express his intent in arts. 163 and 164 C.C., his objective basically is that there should be no bad faith. Appellant expressly alleged bad faith on the part of respondent, but he has not established its existence.

Legal opinion is divided on the advisability of applying to questions of marriage, especially where there is an error of law, the presumption in art. 2202 C.C., which is under the heading of prescription. Previously it was necessary that the error be excusable, and it is quite possible that an absolutely unreasonable error might point to a lack of good faith and help undermine the presumption which modern writers tend to accept (Mazeaud and Mazeaud, *Leçons de droit civil*, Vol. 1, 1st ed., No. 808, 1963, at pp. 822 and 823; Marty and Raynaud, *Droit civil*, T. 1, Vol. 2, 2nd ed., 1967, No. 125 at pp. 141 to 144; Azard and Bisson, *Droit civil québécois*, Vol. 1, 1971, No. 79, at pp. 118 to 120.) The French courts apply to putative marriages the presumption of art. 2268 C.N., the equivalent of our art. 2202 C.C. Our case law is not as well settled. I note, however, that the presumption has been applied by implication in this matter in *Stephens v. Falchi*, as can be deduced from the following extract from the majority opinion:

⁸ [1946] C.S. 123.

⁹ [1966] C.S. 475.

¹⁰ [1967] C.S. 579.

¹¹ [1968] C.S. 480.

*Byron*⁸—semble-t-il—; *M. c. P.*⁹—semble-t-il—et Germain Brière, «Le mariage putatif» (1959-60), 6 McGill L.J. 217, à la p. 221; mais voir en sens inverse *Bergeron c. Proulx*¹⁰; *L. c. L.*¹¹.)

Sans doute il doit y avoir, chez le sujet, capacité de discerner le bien du mal pour qu'il soit de mauvaise foi. Je ne crois pas cependant qu'il faille requérir la même capacité pour pouvoir dire qu'il est de bonne foi, lorsque, c'est le cas, on définit la bonne foi comme l'ignorance de la cause d'invalidité de l'acte. L'ignorance est l'absence de connaissance. Que l'individu soit capable ou incapable de discerner le bien du mal importe peu sous ce rapport. L'ignorance demeure.

D'autre part, quelle que soit la forme empruntée par le législateur pour exprimer sa pensée aux art. 163 et 164 C.c., ce qu'il veut, en substance, c'est qu'il n'y ait pas de mauvaise foi. L'appelant a expressément allégué la mauvaise foi de l'intimée, mais il ne l'a pas établie.

La doctrine n'est pas unanime sur l'opportunité d'appliquer en matière de mariage la présomption de l'art. 2202 C.c., qui se trouve au titre de la prescription, notamment lorsqu'il y a erreur en droit. On exigeait autrefois que l'erreur fût excusable et il est bien possible qu'une erreur absolument déraisonnable fasse douter de la bonne foi et contribue à saper la présomption que les auteurs modernes ont tendance à admettre. (Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, 1^{re} éd., n° 808, 1963, aux pp. 822-823; Marty et Raynaud, *Droit civil*, t. 1, 2^e vol., 2^e éd., 1967, n° 125, aux pp. 141-144; Azard et Bisson, *Droit civil québécois*, t. 1, 1971, n° 79, aux pp. 118-120.) Les tribunaux français appliquent au mariage putatif la présomption de l'art. 2268 C.N., l'équivalent de notre art. 2202 C.c. Notre jurisprudence n'est pas aussi déterminée. Je note toutefois que la présomption a été appliquée de façon implicite en cette matière dans *Stephens c. Falchi*, ce qui peut se déduire de l'extrait suivant de l'opinion majoritaire:

⁸ [1946] C.S. 123.

⁹ [1966] C.S. 475.

¹⁰ [1967] C.S. 579.

¹¹ [1968] C.S. 480.

I have come to the conclusion that the good faith of the respondent not being disputed, the marriage was a putative marriage in the relevant sense (at p. 361).

Whatever the case may be in other situations, I am of the opinion that mere evidence of inability to give a valid consent does not suffice to prevent the application of the presumption of good faith when the putative nature of a marriage is in question. The contrary view would be at variance with the equitable nature of the institution of putative marriage. In the instant case the trial judge noted the absence of bad faith on the part of appellant and in his judgment—which is now *res judicata* on this point—he expressly reserved for him all the other remedies to which he may be entitled. Appellant could therefore, in theory, claim the civil effects against respondent. (We do not have to decide whether or not he must make this claim at the same time as he requests an annulment.) If children had been born of this union, the good faith of their father would guarantee them the civil effects, under art. 164 C.C. Thus if appellant's third submission is correct, the civil effects would be refused only to respondent, and the same would apply in all cases where one of the parties is ignorant of the other's insanity at the time the marriage is solemnized. Rules of equity should not be interpreted so as always to deprive the weaker and more innocent party of the protection they extend to all those who did not wish to contravene the law.

Appellant's third submission is thus also without foundation.

In the reasons for its decision, but not in its formal judgment, the Court of Appeal expressed the view that the parties are governed by the legal system of property as it existed at the time the marriage was solemnized, providing for community of property, and that the civil effects include the right to inherit and the right to maintenance.

These questions are fraught with difficulties. The Judicial Committee awarded maintenance to the wife in *Berthiaume v. Dastous*, a direct appeal, while French case law, on legislation almost identical to ours, distinguishes between those effects acquired on the date of the judgment declaring a nullity and other effects and does not recognize the

[TRADUCTION] J'en viens à la conclusion que la bonne foi de l'intimé n'étant pas en cause, il s'agit d'un mariage putatif au sens propre (à la p. 361).

Quoi qu'il en soit dans d'autres cas, je suis d'avis que la seule preuve de l'incapacité de donner un consentement valable ne suffit pas à écarter l'application de la présomption de bonne foi quand il s'agit de la putativité d'un mariage. Le contraire irait à l'encontre du caractère équitable de l'institution. En l'instance, le premier juge a constaté l'absence de mauvaise foi de l'appellant, et, dans le dispositif de son jugement, qui, sur ce point, a maintenant force de chose jugée, il lui a expressément réservé tous les autres recours auxquels il peut avoir droit. L'appellant pourrait donc, en théorie, réclamer les effets civils contre l'intimée.— Nous n'avons pas à décider qu'il doit le demander en même temps qu'il demande la nullité.— Si des enfants étaient nés de cette union, la bonne foi de leur père leur assurerait les effets civils, vu l'art. 164 C.c. Ainsi donc, si le troisième moyen de l'appellant est fondé, l'intimée seule se verrait refuser les effets civils et il en irait de même dans tous les cas où la démence d'un conjoint est ignorée de l'autre au moment de la célébration du mariage. Des dispositions d'équité ne doivent pas s'interpréter de manière à toujours priver la partie la plus faible et la plus innocente de la protection qu'elles étendent à tous ceux qui n'ont pas voulu violer la loi.

Le troisième moyen de l'appellant est donc lui aussi mal fondé.

Dans les motifs de son arrêt, mais non pas dans le dispositif, la Cour d'appel exprime l'avis que les parties se trouvent régies par le régime légal à l'époque de la célébration du mariage, la communauté de biens, et que les effets civils comprennent la successibilité et le droit aux aliments.

Il s'agit là de questions hérissées de difficultés. Le Comité judiciaire accorde des aliments à l'épouse dans *Berthiaume v. Dastous*, un pourvoi direct, alors que la jurisprudence française, avec des textes presque identiques aux nôtres, distingue entre les effets acquis au jour du jugement de nullité et les autres, et ne reconnaît pas le droit aux

right to maintenance after a declaration of nullity: Guy Lambert, *Mariage putatif*, Jurisclasseur, Art. 201 to 202, Part 1. To my knowledge this Court has never expressed an opinion on the matter. This Court expressed an opinion on the right to inherit in *Stephens v. Falchi*, but that case involved a succession which had opened before the marriage was found null. These two decisions are also singular for procedural and jurisdictional reasons: in *Berthiaume v. Dastous*, the Judicial Committee deemed null a marriage in a proceeding in which initially a declaration of validity had been sought; in *Stephens v. Falchi* this Court granted civil effects to a marriage it did not formally annul even though it was certainly a nullity. It would also be advisable to distinguish the effects of legitimacy from the civil effects between former spouses.

We are not called upon to settle these problems for the purposes of this case and I refrain from expressing an opinion on them.

I would dismiss the appeal without costs.

Appeal dismissed without costs.

Solicitors for the appellant: Dugas, Dugas & Gagnon, Joliette.

Solicitors for the respondent: Trudel, Fontaine & Roy, Joliette.

aliments après la déclaration de nullité: Guy Lambert, *Mariage putatif*, Jurisclasseur, Art. 201-202, Fasc. 1. A ma connaissance cette Cour ne s'est jamais prononcée sur la question. Cette Cour s'est prononcée sur la successibilité dans *Stephens c. Falchi*, mais il s'agissait d'une succession ouverte avant le constat de nullité du mariage. Ces deux arrêts sont aussi singuliers pour des raisons de procédure et de juridiction: dans *Berthiaume v. Dastous*, le Comité judiciaire «tient pour nul» un mariage que l'on demandait en premier lieu de déclarer valide; dans *Stephens c. Falchi*, cette Cour accorde les effets civils à un mariage qu'elle n'annule pas formellement encore que la nullité soit certaine. Il y a sans doute lieu également de distinguer les effets de la légitimité des effets civils entre les ex-conjoints.

Nous ne sommes pas appelés à trancher ces difficultés pour les fins de cette cause et je m'abstiens d'exprimer une opinion à leur sujet.

Je rejeterais le pourvoi sans frais.

Pourvoi rejeté sans frais.

Procureurs de l'appelant: Dugas, Dugas & Gagnon, Joliette.

Procureurs de l'intimée: Trudel, Fontaine & Roy, Joliette.

Melvin Granville Warkentin, Ralph Harry Hanson and Clifford John Brown *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1976: February 6; 1976: July 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Rape — Corroboration — Whether evidence capable of corroborating story of complainant — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 142 (now repealed).

Criminal law — Appeal — Failure to specify grounds for dissent in formal judgment of Court of Appeal — Omission not fatal to jurisdiction of Supreme Court of Canada to hear appeal.

The complainant, an 18-year-old Indian girl, alleged that at about 9 p.m., upon leaving a bar at Williams Lake, she was grabbed by four men, three of whom were the present appellants, forced into a red Mustang car, and driven to an isolated spot, where one of the men pulled her out of the car and threw her on the ground. Two of the accused then held her arms and one, after having undressed her partially, had intercourse with her without her consent while the fourth stood close by laughing. Thereafter, she said, she escaped through the bush and, meeting two friends, reported what had befallen her. She was "very upset" and "crying hard". On her return a few minutes later to Williams Lake, she met another friend and was finally convinced to go to the police. The three accused were arrested the following day around 1:30 a.m.

On a charge of rape, a verdict of guilty was entered against all three appellants. An appeal was dismissed by a majority of the British Columbia Court of Appeal and a further appeal was then brought to this Court.

The question to be decided was whether the trial judge erred in characterizing the following pieces of evidence as being capable of corroborating the story of the complainant: (1) A written admission of facts that the three accused and a fourth man were together at a dance hall at the time of their arrest; that the accused and the fourth man admitted that they had been together earlier in the evening; and that a red Mustang

Melvin Granville Warkentin, Ralph Harry Hanson et Clifford John Brown *Appellants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1976: le 6 février; 1976: le 12 juillet.

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

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

Droit criminel — Viol — Corroboration — La preuve est-elle susceptible de corroborer la version de la plaignante? — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 142 (maintenant abrogé).

Droit criminel — Appel — Motifs de dissidence non spécifiés dans un jugement formel de la Cour d'appel — L'omission n'est pas fatale à la compétence de la Cour suprême du Canada d'entendre le pourvoi.

La plaignante, une jeune Indienne de 18 ans, a prétendu que vers 21 h, elle sortait d'un bar à Williams Lake et que quatre hommes, dont les trois appelants, se sont emparés d'elle, l'ont poussée à l'intérieur d'une voiture rouge de marque Mustang, et l'ont conduite dans un endroit isolé, où l'un des hommes l'a sortie de la voiture et l'a jetée au sol. Deux des accusés lui ont ensuite tenu les bras et, après l'avoir partiellement déshabillée, l'un d'eux l'a violée alors que le quatrième se tenait près d'eux et riait. Après cela, elle dit s'être sauvée à travers les bois et avoir rencontré des amis à qui elle a raconté ce qui venait de lui arriver. Elle était «très bouleversée» et «pleurait à chaudes larmes». A son retour à Williams Lake, quelques minutes plus tard, elle a retrouvé un autre ami et s'est laissée convaincre de rapporter l'incident à la police. Les trois appelants ont été arrêtés le lendemain vers 1 h 30.

Un verdict de culpabilité a été prononcé contre les trois appelants sur une inculpation de viol. Leur appel a été rejeté à la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et les appelants ont logé un pourvoi devant cette Cour.

La question à trancher est de savoir si le juge du procès a erré en caractérisant comme étant susceptibles de corroborer la version de la plaignante les éléments suivants de la preuve: (1) L'admission de faits par écrit que les trois accusés et un autre homme étaient ensemble dans un dancing au moment de leur arrestation; que les accusés et le quatrième homme étaient ensemble plus tôt dans la soirée; et qu'une voiture rouge de marque

vehicle owned by one of the accused was parked at the dance. (2) The distraught condition of the complainant after she had made her escape. (3) The fact that seminal fluid was found in the complainant's vagina and underclothing. (4) The fact that human scalp hair was found on her jeans and that it could have originated from the same source as 70 human scalp hairs on the clothing of one of the appellants. (5) The finding of pine needles in the complainant's underclothing.

Held (Laskin C.J. and Spence, Pigeon and Dickson JJ. *dissenting*): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Beetz and de Grandpré JJ.: The corroborative evidence of which s. 142 of the *Criminal Code* speaks need not identify each accused separately when the evidence to be corroborated is that a gang rape has been committed. It is sufficient to establish that intercourse without consent has taken place and that the group was a party to it. Nor could it be accepted that the corroborative evidence of s. 142 must be pigeonholed in three different slots, namely intercourse, non-consent and identity. It is the entire picture that must be looked at, not a portion thereof. When that supporting evidence, as in the present case, is circumstantial, it is the whole that must be examined and not each piece individually. The corroborating evidence should not be broken up into fragments.

The five pieces of evidence indicated by the trial judge as capable of constituting corroborative evidence should only be looked at together. Taken one by one, they did not tend to show that intercourse took place without the consent of the complainant with one or the other of the accused. Taken as a whole, however, they were capable of establishing these three elements of the crime.

Per Laskin C.J. and Spence, Pigeon and Dickson JJ. *dissenting*: In order to be corroborative within the meaning of s. 142 of the *Code*, the evidence must be on a material point in the case and, above all, it must implicate the accused by connecting or tending to connect him with the alleged offence. This evidence must, of course, also be independent of the acts or words of the complainant.

There were in this case two issues: (i) was the complainant subjected to intercourse without her consent, *i.e.* was she raped?; (ii) were the accused identified with that intercourse, *i.e.* did the accused commit the act alleged? Corroboration was required on each issue and, if lacking, it was the duty of the judge to instruct the jury to that effect.

The five pieces of evidence to which the trial judge referred tended to support the credibility of the complainant's evidence.

Mustang appartenant à l'un des accusés était garée près du dancing. (2) Le désarroi de la plaignante après s'être sauvée. (3) La présence de sperme dans le vagin de la plaignante et sur ses sous-vêtements. (4) La présence de cheveux sur ses jeans et qui pouvaient provenir de la même personne que les 70 cheveux trouvés sur les vêtements de l'un des appelants. (5) La présence d'aiguilles de pin dans les sous-vêtements de la plaignante.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Spence, Pigeon et Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Beetz et de Grandpré: Il n'est pas nécessaire que la preuve corroborante prévue à l'art. 142 identifie chaque accusé séparément lorsque le témoignage à corroborer porte sur la perpétration d'un viol collectif. Il suffit d'établir qu'il y a eu des rapports sexuels, sans consentement, et participation du groupe. On ne peut admettre non plus qu'il faille compartimenter la preuve corroborante prévue à l'art. 142 en trois éléments distincts à savoir les rapports sexuels, l'absence de consentement et l'identité. Il faut considérer l'ensemble du témoignage. Lorsque, comme en l'espèce, la preuve soumise à l'appui est une preuve indirecte, il faut l'examiner dans son ensemble, sans la fractionner.

Les cinq éléments de preuve retenus par le juge de première instance comme pouvant constituer une preuve corroborante doivent être pris globalement. Considérés isolément, ils ne tendent pas à établir que l'un ou l'autre des accusés a eu des rapports sexuels avec la plaignante sans son consentement. Toutefois, considérés ensemble, ils peuvent établir les trois éléments de l'infraction.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Pigeon et Dickson *dissent*: Pour être corroborante au sens de l'art. 142 du *Code*, la preuve doit porter sur un détail important de l'affaire et surtout, elle doit impliquer le prévenu en établissant un lien entre ce dernier et l'infraction alléguée ou en tendant à le faire. La preuve doit bien sûr être indépendante des actes ou témoignages de la plaignante.

En l'espèce il y a deux questions en litige: (i) la plaignante a-t-elle eu des rapports sexuels sans son consentement, *c.-à-d.* a-t-elle été violée?; (ii) les prévenus sont-ils liés à ces rapports sexuels, *c.-à-d.* les prévenus ont-ils commis l'acte allégué? Chaque question en litige doit être corroborée et, en l'absence d'une telle corroboration, il incombait au juge d'en informer le jury.

Les cinq éléments de preuve retenus par le juge de première instance tendaient à étayer la crédibilité de la plaignante.

nant and they were no doubt admissible in evidence, but they could not be regarded as capable of being corroborative of the complainant's evidence, within the meaning of s. 142 of the *Code*. There was simply no corroborative evidence which linked the group (comprising the three accused and a fourth man) or any individual member of the group with the offence. The mere presence of the four men in Williams Lake on the night of the alleged crime could hardly serve as a *nexus* entwining the accused with the act of forced intercourse, nor could ownership of a red Mustang by one of the men. The evidence of identity must be such as to place the accused at the scene of the crime, not at some other place in the same town.

The emotionally distraught condition of the girl after the offence did not in any way implicate the accused and the presence of seminal fluid did not show that the intercourse was without consent nor did it implicate any of the accused. The human scalp hair was of such little probative value as to be incapable of corroborative effect and the pine needles did not strengthen or confirm the evidence of the complainant on any issue.

Items of evidence said to implicate an accused may be looked at collectively and within the total picture of all the evidence but if, lacking independence, none of the items is capable of corroborative effect, then no accumulation will serve to create that effect.

Per Laskin C.J. and Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ.: Despite the incomplete nature of the formal judgment of the Court of Appeal, this Court had jurisdiction to hear the appeal. Section 618(1)(a) of the *Code* accords an appeal to any person convicted of an indictable offence "on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents". There is no reference in s. 618(1)(a) to s. 606, which provides that the formal judgment "shall specify any grounds in law upon which the dissent, in whole or in part, is based".

Per Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ., *dissenting*: The failure to specify the grounds for dissent in the formal judgment of the Court of Appeal was an omission which, under s. 606 of the *Code*, was fatal to the jurisdiction of this Court.

[*D.P.P. v. Hester*, [1972] 3 All E.R. 1056; *D.P.P. v. Kilbourne*, [1973] 1 All E.R. 440; *James v. The Queen* (1970), 55 Cr. App. R. 299; *Kolnberger v. The Queen*, [1969] S.C.R. 213; *Hubin v. The King*, [1927] S.C.R. 442; *R. v. Reardon*, [1945] O.R. 85; *R. v. O'Hara* (1946), 88 C.C.C. 74; *R. v. Ethier* (1959), 124 C.C.C. 332; *R. v. Steele* (1923), 33 B.C.R. 197, *aff'd* 42 C.C.C. 375; *R. v. Redpath* (1962), 46 Cr. App. R. 319; *R. v.*

plaignante et ils étaient admissibles en preuve; cependant, ils ne pouvaient servir à corroborer le témoignage de la plaignante au sens de l'art. 142 du *Code*. En fait, aucune preuve corroborante ne liait le groupe (les trois accusés et le quatrième homme) ou un membre du groupe à l'infraction. La simple présence des quatre hommes dans la ville de Williams Lake, le soir du prétendu crime, pouvait difficilement constituer le lien entre les accusés et le viol, pas plus que le fait que l'un d'entre eux était propriétaire d'une Mustang rouge. La preuve relative à l'identité doit situer les accusés sur les lieux du crime et non à quelque autre endroit dans la même ville.

L'état de désarroi de la jeune fille, après l'infraction, n'impliquait pas les accusés de quelque façon et la présence de sperme n'établissait pas que les rapports sexuels avaient eu lieu sans son consentement et n'impliquait aucun des accusés. Les cheveux avaient une valeur probante trop faible pour être une corroboration et les aiguilles de pin n'appuyaient ni ne confirmaient sur aucun point la version de la plaignante.

Les éléments de preuve impliquant un inculpé peuvent être considérés ensemble, mais s'ils ne sont pas indépendants, aucun de ces éléments ne peut être corroborant et, en conséquence, l'ensemble non plus ne peut l'être.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Pigeon, Dickson et Beetz: Même si le jugement formel de la Cour d'appel était incomplet, cette Cour avait compétence pour entendre l'appel. L'article 618(1)a du *Code* accorde un droit d'appel à toute personne déclarée coupable d'un acte criminel «sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident». L'article 618(1)a ne renvoie pas à l'art. 606 qui dispose que le jugement formel «doit spécifier tout motif en droit sur lequel repose cette dissidence, en totalité ou en partie».

Les juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré, *dissidents*: Le défaut de spécifier les motifs de dissidence dans le jugement formel de la Cour d'appel constituait une omission qui, en vertu de l'art. 606 du *Code*, était fatal à la compétence de cette Cour.

[Arrêts mentionnés: *D.P.P. v. Hester*, [1972] 3 All E.R. 1056; *D.P.P. v. Kilbourne*, [1973] 1 All E.R. 440; *James v. The Queen* (1970), 55 Cr. App. R. 299; *Kolnberger c. La Reine*, [1969] R.C.S. 213; *Hubin c. Le Roi*, [1927] R.C.S. 442; *R. v. Reardon*, [1945] O.R. 85; *R. v. O'Hara* (1946), 88 C.C.C. 74; *R. v. Ethier* (1959), 124 C.C.C. 332; *R. v. Steele* (1923), 33 B.C.R. 197, *conf. par* 42 C.C.C. 375; *R. v. Redpath* (1962), 46 Cr.

Boucher, [1963] 2 C.C.C. 241; *R. v. White, Dubeau and McCullough* (1974), 16 C.C.C. (2d) 162; *R. v. Basken and Kohl* (1974), 28 C.R.N.S. 359; *R. v. Flannery*, [1969] V.R. 586; *R. v. Boyd* (1974), 25 C.R.N.S. 381; *R. v. Conners and Jones*, [1972] 5 W.W.R. 1; *MacDonald v. The King*, [1947] S.C.R. 90; *Canning v. The King*, [1937] S.C.R. 421; *R. v. Parish*, [1968] S.C.R. 466; *Thomas v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 344; *R. v. Kanester* (1966), 48 C.R. 352, rev'd 49 C.R. 402; *R. v. Boyce* (1975), 7 O.R. (2d) 561, referred to.]

APPEAL from a majority judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, dismissing an appeal by the appellants from their conviction before Craig J. and a jury on a charge of rape. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Spence, Pigeon and Dickson JJ. dissenting.

G. L. Murray, Q.C., and P. D. Messner, for the appellants.

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

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

DICKSON J. (*dissenting*)—This is an appeal from a majority judgment of the Court of Appeal for British Columbia (Maclean and McFarlane J.J.A., Robertson J.A. dissenting) dismissing an appeal by the appellants from their conviction before Craig J. and a jury on a charge of rape. The point in issue is whether the trial judge erred in characterizing certain evidence as being capable of corroborating the story of the complainant. There are few problems more troublesome and difficult for a trial judge than that of deciding what evidence is in law susceptible of corroborative effect and what evidence is not. On the authorities, however, including two decisions of this Court, I think one must conclude that in this case the trial judge erred.

I do not propose to deal with the evidence at length. It reveals that the complainant, Helen Sandy, an 18-year-old native woman, at about

¹ [1975] 2 W.W.R. 253, 20 C.C.C. (2d) 321.

App. R. 319; *R. v. Boucher*, [1963] 2 C.C.C. 241; *R. v. White, Dubeau and McCullough* (1974), 16 C.C.C. (2d) 162; *R. v. Basken and Kohl* (1974), 28 C.R.N.S. 359; *R. v. Flannery*, [1969] V.R. 586; *R. v. Boyd* (1974), 25 C.R.N.S. 381; *R. v. Conners and Jones*, [1972] 5 W.W.R. 1; *MacDonald c. Le Roi*, [1947] R.C.S. 90; *Canning c. Le Roi*, [1937] R.C.S. 421; *R. c. Parish*, [1968] R.C.S. 466; *Thomas c. La Reine*, [1952] 2 R.C.S. 344; *R. v. Kanester* (1966), 48 C.R. 352, modifié par 49 C.R. 402; *R. v. Boyce* (1975), 7 O.R. (2d) 561.]

POURVOI contre un arrêt rendu à la majorité par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, rejetant l'appel introduit par les appelants contre leur déclaration de culpabilité devant le juge Craig et un jury sur une accusation de viol. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Spence, Pigeon et Dickson étant dissidents.

G. L. Murray, c.r., et P. D. Messner, pour les appelants.

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

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence, Pigeon et Dickson a été prononcé par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Maclean et McFarlane étant du même avis et le juge Robertson étant dissident). Cet arrêt rejette un appel interjeté par les appelants de la condamnation pour viol prononcée par le juge Craig et un jury. Il s'agit de déterminer si le juge de première instance a commis une erreur en déclarant que certains éléments de preuve pouvaient corroborer la version de la plaignante. Il existe très peu de problèmes plus compliqués et difficiles pour le juge de première instance que celui de décider quelle preuve, en droit, peut avoir un effet corroboratif et quelle preuve ne l'a pas. Cependant, à la lumière de la jurisprudence, notamment deux décisions de cette Cour, il faut conclure qu'en l'espèce le juge de première instance a commis une erreur.

Je n'entends pas reprendre toute la preuve. Elle révèle que la plaignante, Helen Sandy, une jeune femme de 18 ans d'origine indienne, s'est rendue,

¹ [1975] 2 W.W.R. 253, 20 C.C.C. (2d) 321.

noon on May 5, 1973, travelled from the Sugar Cane Reserve, where she lived, to the Town of Williams Lake, a distance of about seven miles. She wandered around the town during the afternoon. According to her evidence, at about 9.00 p.m., upon leaving a bar, she was seized by the three accused, forced into a red Mustang car, and driven to an isolated spot, where an alleged act of intercourse took place in the presence of the three accused and a fourth man. Thereafter, she said, she escaped through the bush and, meeting two friends, reported what had befallen her. According to one of these friends, Diane Buckle the complainant was "very upset" and "crying hard".

As part of the case for the Crown, an admission of facts, signed by counsel for the appellants was entered as an exhibit:

ADMISSION

At approximately 1.30 a.m. on May 6, 1973, the three accused and a fourth man were together at a dance at a place known as Squaw Hall at the Exhibition Grounds at Williams Lake, in the County of Cariboo, Province of British Columbia.

The accused and the fourth man were questioned and admitted that they had been together at an unstated time earlier in the evening.

The red Mustang vehicle owned by the accused Hanson was parked at the dance but the accused were not occupying it when they were taken in for questioning.

At the conclusion of the trial, the judge charged the jury that the following pieces of evidence were capable of being corroborative of the evidence of the complainant, namely:

1. The written admission of facts.
2. The distraught condition of the complainant when seen by Diane Buckle.
3. The fact that seminal fluid was found in the complainant's vagina and underclothing.
4. The fact that human scalp hair was found on her jeans and it could have originated from the same source as the seventy human scalp hairs on the appellant Warkentin's clothing.
5. The finding of pine needles in the complainant's underclothing.

Section 142 of the *Criminal Code* (now repealed) required the trial judge, in a case such as this, to

vers midi le 5 mai 1973, de la réserve Sugar Cane, où elle vit, à la ville de Williams Lake, à sept milles de là. Elle s'est promenade dans la ville durant l'après-midi. Selon son témoignage, alors qu'elle sortait d'un bar vers 21h, les trois accusés se sont emparés d'elle, l'ont poussée à l'intérieur d'une voiture rouge de marque Mustang, et l'ont conduite à un endroit isolé où ils l'auraient forcée à avoir des rapports sexuels en présence d'un quatrième homme. Elle s'est sauvée à travers les bois et a rencontré des amis à qui elle a raconté ce qui venait de lui arriver. Selon le témoignage d'une de ces amies, Diane Buckle, la plaignante était «très bouleversée» et «pleurait à chaudes larmes».

Au procès, le ministère public a produit une déclaration signée par l'avocat des appelants où celui-ci admet certains faits:

[TRADUCTION] FAITS ADMIS

Vers 1 h 30, le 6 mai 1973, les trois accusés et un autre homme étaient ensemble au dancing de Squaw Hall, situé sur le terrain de l'exposition, à Williams Lake dans le comté de Cariboo, province de la Colombie-Britannique.

Les accusés et le quatrième homme ont été interrogés et ils ont admis qu'ils étaient ensemble plus tôt dans la soirée, à une heure non précisée.

La voiture rouge de marque Mustang, qui appartenait à l'accusé Hanson, était garée près du dancing; mais les accusés n'étaient pas dans la voiture lorsqu'ils ont été appréhendés.

A la clôture du procès, le juge a indiqué au jury que les éléments suivants de la preuve pouvaient servir à corroborer la version de la plaignante, à savoir:

- [TRADUCTION] 1. Les faits admis par écrit.
2. Le désarroi de la plaignante, constaté par Diane Buckle.
 3. La présence de sperme dans le vagin de la plaignante et sur ses sous-vêtements.
 4. La présence de cheveux d'origine Caucasienne sur ses jeans, et qui pouvaient provenir de la même personne que les soixante-dix cheveux trouvés sur les vêtements de l'appelant Warkentin.
 5. La présence d'aiguilles de pin dans les sous-vêtements de la plaignante.

En vertu de l'art. 142 du *Code criminel* (abrogé depuis), le juge de première instance devait, dans

instruct the jury that it is not safe to find the accused guilty on the basis of the complainant's evidence alone in the absence of corroboration, although they are entitled to do so if satisfied beyond a reasonable doubt that her evidence is true. The corroboration to which the section refers is not corroboration in the loose sense of evidence which tends merely to confirm or support the story of the complainant. Section 142 speaks of corroboration (i) "in a material particular" by (ii) evidence that "implicates the accused".

One finds in two recent decisions of the House of Lords, *Director of Public Prosecutions v. Hester*², and *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*³, expressions of opinion to the effect that the word "corroboration" should be treated not as a term of art but as an ordinary word and given its ordinary dictionary meaning. In that sense, corroborative evidence is evidence which serves to give weight to, confirm, or render more probable, other relevant evidence in the case. It is clear, however, that in order to be corroborative within the meaning of s. 142 of the *Code* the evidence must be on a material point in the case and, above all, it must implicate the accused by connecting or tending to connect him with the alleged offence. This evidence must, of course, also be independent of the acts or words of the complainant, for a witness cannot corroborate herself. The nature of the corroboration will vary according to the offence charged and the particular circumstances of the case and will frequently be circumstantial, as eye-witnesses to the commission of sexual offences are not legion.

In many rape cases, the fact that intercourse has taken place is admitted by the accused and the only issue is whether the woman has consented. In those cases, the evidence said to be corroborative must be that which tends to establish the absence of consent. In contrast, in the present case there were two issues: (i) was the complainant subjected to intercourse without her consent, *i.e.* was she raped?; (ii) are the accused identified with that

un tel cas, informer le jury qu'il n'était pas prudent de déclarer les prévenus coupables sur la foi du témoignage non corroboré de la plaignante, mais qu'il avait le droit de le faire s'il était convaincu au-delà de tout doute raisonnable, que son témoignage était véridique. La corroboration auquel se réfère l'article ne signifie pas la corroboration au sens large de la preuve qui tend simplement à confirmer ou étayer la version de la plaignante. L'article 142 parle d'une corroboration (i) «sur un détail important» par (ii) une preuve qui «implique le prévenu».

Selon deux décisions récentes de la Chambre des lords, *Director of Public Prosecutions v. Hester*², et *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*³, le mot «corroboration» ne doit pas être considéré comme un terme technique mais comme un terme ordinaire auquel il faut attribuer le sens courant que lui donne le dictionnaire. Dans ce contexte, une preuve corroborante est celle qui sert à appuyer, confirmer ou rendre plus probables d'autres preuves pertinentes dans une affaire. Il est cependant évident que pour être corroborante au sens de l'art. 142 du *Code*, la preuve doit porter sur un détail important de l'affaire et surtout, elle doit impliquer le prévenu en établissant un lien entre ce dernier et l'infraction alléguée ou en tendant à le faire. La preuve doit bien sûr être indépendante des actes ou témoignages de la plaignante, car un témoin ne peut pas se corroborer lui-même. La nature de la corroboration variera selon l'accusation et les circonstances propres à chaque espèce et sera fondée, dans bien des cas, sur une preuve indirecte car les témoins oculaires de la perpétration d'infractions d'ordre sexuel sont rares.

Dans bien des affaires de viol, le prévenu admet les rapports sexuels et la seule question en litige porte sur le consentement de la femme. Dans de tels cas, sera corroborante la preuve qui tend à établir l'absence de consentement. Par contre, en l'espèce il y a deux questions en litige: (i) la plaignante a-t-elle eu des rapports sexuels sans son consentement, *c.-à-d.* a-t-elle été violée?; (ii) les prévenus sont-ils liés à ces rapports sexuels, *c.-à-d.*

² [1972] 3 All E.R. 1056.

³ [1973] 1 All E.R. 440.

² [1972] 3 All E.R. 1056.

³ [1973] 1 All E.R. 440.

intercourse, *i.e.* did the accused commit the act alleged? In my opinion, corroboration was required on each issue and, if lacking, it was the duty of the judge to instruct the jury to that effect.

As Viscount Dilhorne stated in the Privy Council in *James v. The Queen*⁴, at p. 302:

In sexual cases, in view of the possibility of error in identification by the complainant, corroborative evidence confirming in a material particular her evidence that the accused was the guilty man is just as important as such evidence conforming that intercourse took place without her consent.

I do not think there is to be found in the record in the case at bar any evidence capable of corroborating the allegations of the complainant that she had been raped by the accused. Apart from her story, there was no evidence that the accused participated in the commission of the alleged offence.

I should like now to examine each of the five pieces of evidence which the trial judge considered to be capable of corroborative effect. The first of these, the admission of facts which placed the three accused and a fourth man at a dance hall at some time after the alleged offence and at an unstated time earlier in the evening, is meaningless and irrelevant standing independent of the complainant's evidence. Ownership of a red Mustang vehicle by one of the accused suffers from the same flaw. This evidence only assumes significance by reason of what has been said by the complainant.

In *Kolnberger v. The Queen*⁵, there was no question but that a rape had taken place. The appeal was concerned solely with the question of the identity of the appellant as the assailant. The complainant described the automobile as one she believed to be an older model Chrysler product, cream or off-white in colour and very dirty. The complainant was shown an automobile which she said she identified as the one in which she had been attacked. This automobile, which belonged to the appellant, was a 1957 Chevrolet, blue body

les prévenus ont-ils commis l'acte allégué? A mon avis, chaque question en litige doit être corroborée et, en l'absence d'une telle corroboration, il incombe au juge d'en informer le jury.

Comme l'a déclaré le vicomte Dilhorne du Conseil Privé dans *James v. The Queen*⁴, à la p. 302:

[TRADUCTION] Dans les cas de crimes sexuels, compte tenu de la possibilité que la plaignante commette une erreur d'identification, la preuve corroborant sur un détail important son témoignage selon lequel l'accusé est bien le coupable est tout aussi importante que celle qui confirme que des rapports sexuels ont eu lieu sans son consentement.

Je ne pense pas que le dossier en l'espèce contienne des preuves pouvant corroborer les allégations de la plaignante contre les accusés. Mise à part sa version des faits, il n'existe aucune autre preuve que les accusés ont participé à la perpétration de l'infraction alléguée.

Je vais donc examiner les cinq éléments de preuve retenus par le juge de première instance aux fins de la corroboration. Le premier, le fait admis que les trois accusés et un quatrième homme se trouvaient au dancing quelque temps après la perpétration de l'infraction alléguée et plus tôt dans la soirée, à une heure non précisée, n'est ni significatif ni pertinent, si on le considère indépendamment du témoignage de la plaignante. Il en est de même du fait que l'un des accusés était propriétaire d'une voiture rouge de marque Mustang. Cette preuve n'a d'importance qu'en fonction du témoignage de la plaignante.

Dans *Kolnberger c. La Reine*⁵, il était établi qu'il y avait eu un viol. La seule question portée en appel était celle de l'identification de l'appelant comme l'assaillant. Selon la plaignante, l'automobile où elle a été violée était un ancien modèle Chrysler, de couleur crème ou blanc cassé, et très sale. On lui a montré une automobile qu'elle a identifiée comme celle dans laquelle elle avait été attaquée. Cette automobile, qui appartenait à l'appelant, était une Chevrolet 1957, bleue à toit blanc; elle était très sale à l'intérieur et à l'exté-

⁴ (1970), 55 Cr. App. R. 299.

⁵ [1969] S.C.R. 213.

⁴ (1970), 55 Cr. App. R. 299.

⁵ [1969] R.C.S. 213.

with white top, very dirty both inside and outside. Hall J., with whom Cartwright C.J. and Spence J. concurred, held that although not a jury case, the trial judge had to instruct himself in accordance with s. 134 (now s. 142) of the *Code* not only as to the fact of the rape but also on the matter of identity. Hall J. said, p. 219:

It is manifest either that he concluded that corroboration was not necessary on the question of identity or, alternatively, that he found he could satisfy himself beyond a reasonable doubt that the complainant's story (her identification of the appellant) was true from the fact that the appellant offered no explanation or contradiction. In either case, he was in error.

Martland J., with whom Cartwright C.J. and Fauteux J., concurred, said, p. 219:

The only evidence in this case which implicated the appellant was that of the complainant. Her evidence, in that respect, was not corroborated by an evidence which implicated the appellant.

This latter passage is of particular interest having regard to the automobile identification evidence which is common to that case and to the present one. The Court in *Kolnberger* was unanimous in allowing the appeal and ordering a new trial.

In the earlier case of *Hubin v. The King*⁶, the offence charged was that of carnally knowing a girl under the age of 14 years. After the offence was committed and as the accused was leaving her, the girl made a note of the plate number of his car. She subsequently picked out the car, recognizing it, according to her evidence, by its plate number and by a certain cushion on the seat. The accused admitted he owned a car with a plate number the same as that alleged by the complainant, and that he was driving it on the day in question, but at the city of Winnipeg, which is nearly 20 miles from Lockport, the site of the alleged offence. The question before the Court was whether or not there was evidence upon which corroboration of the complainant's evidence, as required by s. 1002 of the *Criminal Code*, as amended 1925 (Can.), c.

⁶ [1927] S.C.R. 442.

rieur. Le juge Hall (le juge en chef Cartwright et le juge Spence partageant son opinion) a jugé que, même s'il ne s'agissait pas d'un procès par jury, le juge de première instance devait se conformer aux exigences de l'art. 134 (maintenant l'art. 142) du *Code* non seulement au sujet du viol lui-même, mais également au sujet de l'identification. Le juge Hall déclarait à la p. 219:

[TRADUCTION] Manifestement, il a conclu que la corroboration sur l'identification n'était pas nécessaire, ou bien il était convaincu au-delà de tout doute raisonnable que la version de la plaignante (son identification de l'appelant) était véridique puisque l'appelant n'avait avancé aucune explication ni contradiction. Quoi qu'il en soit, il était dans l'erreur.

Le juge Martland, le juge en chef Cartwright et le juge Fauteux partageant son opinion, déclarait à la p. 219:

[TRADUCTION] En l'espèce, la seule preuve qui impliquait l'appelant est le témoignage de la plaignante, qui n'a pas été corroboré à ce sujet par une preuve impliquant l'appelant.

Cet extrait est particulièrement intéressant en ce qui concerne la preuve relative à l'identification de l'automobile, un point commun entre cette affaire et le présent litige. Dans *Kolnberger*, cette Cour a accueilli le pourvoi à l'unanimité et ordonné un nouveau procès.

Dans un arrêt plus ancien, *Hubin c. Le Roi*⁶, le prévenu était accusé d'avoir eu des rapports sexuels avec une jeune fille de 14 ans. Alors que le prévenu s'en allait après la perpétration de l'infraction, elle a noté le numéro de la plaque d'immatriculation de la voiture. Elle a plus tard reconnu la voiture grâce, selon elle, au numéro d'immatriculation et à un coussin se trouvant sur le siège. Le prévenu a admis qu'il possédait une voiture dont le numéro d'immatriculation correspondait à celui indiqué par la plaignante et qu'il l'avait utilisée au cours de la journée en question, mais à Winnipeg, c'est-à-dire à quelque 20 milles de Lockport, lieu de l'infraction alléguée. La Cour devait donc décider si le témoignage de la plaignante était corroboré par une preuve pertinente, comme l'exigeait l'art. 1002 du *Code criminel*,

⁶ [1927] R.C.S. 442.

38, s. 26, could properly be found. Section 1002 read:

No person accused of an offence . . . shall be convicted upon the evidence of one witness unless such witness is corroborated in some material particular by evidence implicating the accused.

Anglin C.J., delivering the judgment of the Court said, p. 444:

Since the decision of the Court of Criminal Appeal in *R. v. Baskerville*, the requirements of the provision now found in s. 1002 admit of no doubt. The corroboration must be by evidence independent of the complainant; and it "must tend to show that the accused committed the crime charged".

The *Hubin* case stands for the proposition that evidence relating solely to the identity of the accused but not implicating him in the crime is not sufficient to qualify as capable of corroborative effect. The following well-known passage from the judgment of Chief Justice Anglin commences at p. 444 of the report:

Of most of the matters relied upon by the Crown as implicating the accused, however, it cannot, in our opinion, be safely predicated that they are in evidence independently of the testimony and conduct of the complainant, or that, without her testimony, they "tend to show that the accused committed the crime charged". This defect affects everything in connection with the alleged implication of the accused because of the admission by him of the ownership and driving, on the morning in question, of the car identified by the complainant as that in which she was taken to the scene of the crime. While the verification of the details given by her no doubt adds to the credibility of the story she tells, everything in that connection, including the admitted facts of ownership and driving (not at or near the scene of the offence, but in and about Winnipeg) depends, for its evidentiary value, upon her statement that a certain license number was that carried by the car in which she was conveyed to the scene of the crime and her subsequent identification of a cushion found in the car bearing that number. This is not, in a proper sense, independent evidence tending to connect the accused with the crime. In themselves these facts and circumstances merely "relate to the identity of the accused without connecting him with the crime". *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658. They implicate the accused solely by reason of the complainant's statement as to the number of the car and her identification of the cushion

modifié par 1925 (Can.), c. 38, art. 26. L'article 1002 prévoyait:

Nulle personne accusée d'une infraction . . . ne peut être déclarée coupable sur le témoignage d'un seul témoin, à moins que ce témoignage ne soit corroboré sous quelque rapport essentiel par une preuve qui implique l'accusé.

Le juge en chef Anglin, rendant le jugement de la Cour a déclaré à la p. 444:

[TRADUCTION] Depuis la décision de la Cour d'appel, juridiction criminelle, dans *R. v. Baskerville*, les exigences de l'art. 1002 ne permettent aucun doute. La corroboration doit être fondée sur une preuve indépendante de la plaignante et, en outre, elle «doit tendre à démontrer que l'accusé a commis le crime allégué».

L'arrêt *Hubin* consacre la thèse selon laquelle on ne peut considérer comme corroborante la preuve portant uniquement sur l'identité de l'accusé, sans l'impliquer dans le crime. La citation suivante, passage célèbre du jugement du juge en chef Anglin, commence à la p. 444 du recueil:

[TRADUCTION] De la plupart des éléments de preuve soumis par le ministère public pour impliquer le prévenu, on ne peut, à mon avis, affirmer sans danger qu'ils sont indépendants du témoignage et de la conduite de la plaignante ou qu'indépendamment de son témoignage, ils «tendent à démontrer que l'accusé a commis le crime allégué». Ce défaut se retrouve dans toute la preuve relative à la prétendue implication de l'accusé parce qu'il a admis posséder et avoir conduit, le matin en question, l'automobile que la plaignante a identifiée comme celle qui l'a amenée sur les lieux du crime. Même si, sans aucun doute, la vérification des détails de son témoignage accroît la crédibilité de sa version, la valeur, aux fins de la preuve, du fait admis de la propriété de la voiture et de l'avoir conduite (pas à l'endroit du crime ni même près de là, mais aux environs de Winnipeg) est liée à l'identification par la plaignante de la plaque d'immatriculation de la voiture dans laquelle elle a été transportée sur les lieux du crime, et du coussin trouvé dans l'automobile portant ce numéro. Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une preuve indépendante tendant à lier l'accusé au crime. En eux-mêmes, ces faits et circonstances «portent uniquement sur l'identité de l'accusé sans le lier au crime». *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658. Ils n'impliquent l'accusé qu'en raison de l'identification par la plaignante du numéro de la voiture et du coussin qui s'y trouvait. Sans cet élément additionnel, ils ne sont pas pertinents. La

in it. Without this additional factor they are quite irrelevant. Nor can any multiplication of such facts amount to corroboration. *Thomas v. Jones*, [1921] 1 K.B. 22. They are all admissible only by reason of the girl's own story connecting them with the crime. They lack, therefore, the essential quality of independence.

In *R. v. Reardon*⁷, the trial judge characterized to the jury as evidence which might be considered corroborative, two items identified by the complainant, namely, a car blanket and a \$2 bill. The Appellate Court held another view and a new trial was ordered. Reference might also be made to *R. v. O'Hara*⁸ in which the trial judge found possible corroboration in evidence as to the condition of the girl's clothes and her appearance after the assault, in her identification of the car, and in the finding of certain prophylactic articles and two soiled handkerchiefs at the place where the complainant said the offence had taken place. The British Columbia Court of Appeal held that evidence of this nature was corroborative in the sense that it tended to affirm the credibility of the complainant, but it was not independent evidence and therefore not corroborative within the statutory requirement.

Cases in which the sole issue for determination is consent or no consent of the complainant to the act of sexual intercourse are of little help in deciding a case such as the one at bar where identity is the sole issue. The closest case to that at present before us would seem to be *R. v. Ethier*⁹, a decision of the Ontario Court of Appeal. Mr. Justice Morden delivered the judgment of the Court. In that case, following the alleged offence, the accused drove the complainant home. Upon her arrival there, she told her mother and father what had occurred, giving them the name of the accused and licence number, year and make of the accused's car. At the trial, she swore that there were foot marks on the ceiling of the car made by her while she was being assaulted and that the interior handle of the left door was missing. The

multiplicité de ce genre de faits ne peut non plus constituer une corroboration. *Thomas v. Jones*, [1921] 1 K.B. 22. Ils ne sont recevables que parce que la version de la plaignante les relie au crime. Ils ne satisfont donc pas à la condition essentielle de l'indépendance.

Dans *R. v. Reardon*⁷, le juge de première instance a signalé au jury, à titre de preuves pouvant être corroborantes, deux objets identifiés par la plaignante, à savoir une couverture de voiture et un billet de deux dollars. La Cour d'appel a été d'avis contraire et a ordonné un nouveau procès. L'arrêt *R. v. O'Hara*⁸ mérite également d'être cité; dans cette affaire, le juge de première instance avait conclu que la preuve de l'état des vêtements de la plaignante, de son apparence après l'incident, de l'identification par la plaignante de la voiture, ainsi que la présence de certains articles prophylactiques et deux mouchoirs tachés à l'endroit où la plaignante allègue que l'infraction avait été commise, pouvait servir aux fins de la corroboration. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé qu'une preuve de cette nature était corroborante seulement dans la mesure où elle tendait à confirmer la crédibilité de la plaignante, mais qu'elle n'était pas corroborante au sens de la loi, car elle n'était pas indépendante.

Les affaires où la seule question à trancher est le consentement ou l'absence de consentement de la plaignante ne sont pas véritablement pertinentes en l'espèce où l'unique question à trancher est l'identification. L'arrêt qui se rapproche le plus de la présente affaire semble être *R. v. Ethier*⁹, un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge Morden a rendu le jugement de la Cour. Dans cette affaire, l'accusé avait reconduit la plaignante chez elle après la perpétration de l'infraction alléguée. Dès son arrivée, elle raconta à ses parents ce qui venait de se produire et leur donna le nom de l'accusé, ainsi que le numéro d'immatriculation, l'année et la marque de la voiture de l'accusé. Au procès, elle déclara sous serment qu'elle avait fait des marques de pieds au plafond de la voiture lorsqu'elle se débattait et que la poignée intérieure

⁷ [1945] O.R. 85 (C.A.).

⁸ (1946), 88 C.C.C. 74 (B.C. C.A.).

⁹ (1959), 124 C.C.C. 332.

⁷ [1945] O.R. 85 (C.A.).

⁸ (1946), 88 C.C.C. 74 (C.A. C.-B.).

⁹ (1959), 124 C.C.C. 332.

accused, his automobile and clothing all answered the complainant's description of them. The following passage will be found at p. 334 of the judgment:

However, in the case at bar there were two areas in which corroboration must be sought: (a) the commission of the crime and, (b) the identity of the accused, and evidence which is capable of being confirmatory of the complainant's evidence in one area may not so qualify in the other. For this reason, where the two issues are present, a trial Judge should be careful to consider whether or not there is evidence which, taken together, is capable of being confirmatory on both issues. If it is capable of being confirmatory in only one area, this should be made plain to the jury.

In *Ethier*, as here, the trial judge did not distinguish the two issues. He told the jury they might find corroboration in respect of the following (p. 335):

... (1) the human blood, type A, on the accused's shorts; (2) hair found in the car was similar to the girl's; (3) the handle on the car was broken; (4) the person who assaulted her was wearing brown pants and a checkered shirt; (5) the licence number of the car; (6) the bruise on her left cheek; (7) the marks on the ceiling of his car; (8) her emotional condition upon arriving at home.

On the issue of the identity of the accused, Mr. Justice Morden said, p. 336:

I have said, many of the matters mentioned by the learned trial Judge depended solely upon her evidence to connect the accused with the alleged crime. I refer to her description of the accused and of his car. The condition of the girl and of her clothing were independently proved, but this evidence was equally consistent with the truth as with the falsity of her story on the issue of identity: *Thomas v. The Queen*, 103 Can. C.C. at pp. 200-1, (1952), 4 D.L.R. at p. 312, 2 S.C.R. at p. 354. The scientific evidence with respect to the hair found in the car and type of the blood found upon the clothing of the girl and of the accused failed by the same test.

Although one might well consider the evidence of footmarks on the ceiling of the car as affording corroboration, the Court was of opinion that none

de la porte gauche manquait. L'accusé, son automobile et ses vêtements correspondaient tous à la description qu'en avait fait la plaignante. On trouve l'extrait suivant à la p. 334 de l'arrêt:

[TRADUCTION] Cependant, en l'espèce la corroboration doit porter sur deux questions: a) la perpétration de l'infraction et b) l'identité de l'accusé; la preuve pouvant confirmer le témoignage de la plaignante à l'égard d'une de ces questions n'aura pas nécessairement le même effet à l'égard de l'autre. Pour ce motif, lorsque les deux questions sont en litige, le juge de première instance doit déterminer soigneusement s'il existe une preuve qui, considérée dans son ensemble, peut confirmer les deux questions. Si cette preuve ne peut en confirmer qu'une, le juge doit clairement l'expliquer au jury.

Dans *Ethier*, comme dans la présente affaire, le juge de première instance n'avait pas fait la distinction entre les deux questions. Il avait dit aux jurés qu'ils pouvaient conclure à la corroboration sur les points suivants (à la p. 335):

[TRADUCTION] 1) le sang humain, du groupe A, sur les caleçons de l'accusé; 2) la présence dans la voiture de cheveux semblables à ceux de la jeune fille; 3) la poignée brisée dans la voiture; 4) le fait que la personne qui l'a attaquée portait un pantalon brun et une chemise à carreaux; 5) le numéro d'immatriculation de la voiture; 6) la blessure à la joue gauche de la plaignante; 7) les marques au plafond de l'automobile; 8) son désarroi lorsqu'elle est arrivée chez elle.

Au sujet de l'identité de l'accusé, le juge Morden a déclaré à la p. 336:

[TRADUCTION] Comme je l'ai indiqué, plusieurs des points mentionnés par le savant juge de première instance ne liaient l'accusé au crime allégué qu'en raison du témoignage de la plaignante, notamment sa description de l'accusé et de l'automobile. L'état de la jeune fille et celui de ses vêtements ont été établis par une preuve indépendante, mais ce témoignage est compatible avec la véracité aussi bien qu'avec la fausseté de sa version sur la question de l'identité: *Thomas c. La Reine*, 103 Can. C.C. aux pp. 200 et 201, (1952), 4 D.L.R. à la p. 312, 2 R.C.S. à la p. 354. La preuve scientifique concernant les cheveux découverts dans la voiture et le type du sang trouvé sur les vêtements de la jeune fille et sur ceux de l'accusé ne peut être retenue pour les mêmes raisons.

Même si l'on peut penser que les traces de pieds au plafond de la voiture pouvaient servir aux fins de la corroboration, la Cour a jugé qu'aucun des

of the evidence mentioned was capable of corroborative effect and a new trial was ordered.

It would be wrong to conclude from the foregoing phalanx of authorities that corroborative evidence as to identity of an alleged assailant is never available. In an early case, *R. v. Steele*¹⁰, affirmed by this Court¹¹, corroboration of the girl's story was found in the evidence of a witness who saw the girl and the accused dance together at a dance-hall, leave the hall separately, then meet outside and walk toward a public park. This witness did not see them enter the park where the girl testified the assault took place. In that case, the evidence described as corroborative came from the testimony of someone other than the complainant. So also in *The Queen v. Redpath*¹². The appellant was convicted of indecent assault on a girl aged seven. The evidence of the girl was that she was playing on a moor one afternoon when a man, whom she identified as the appellant, pulled her to the ground and indecently assaulted her. A Mr. Hall, who with his wife was near the edge of the moor, saw a car (later identified as belonging to the appellant's wife) parked at the edge of the moor and a man, whom he identified as the appellant, walk towards the girl and later return and drive off in the car. Immediately afterwards Mr. Hall saw the girl come from the moor in a very distressed condition. The appellant's defence was that he had never been near the moor. The trial judge directed the minds of the jury to two issues, saying that they should look for corroboration of the indecent assault and, if they were satisfied that the little girl was indecently assaulted by someone, they should look for corroboration implicating this appellant. Lord Chief Justice Parker had this to say respecting corroborative evidence implicating the appellant, p. 321:

éléments de preuve mentionnés ne pouvait servir de corroboration et a ordonné un nouveau procès.

Il serait faux de conclure de cette jurisprudence qu'il n'existe jamais de preuve corroborante à l'égard de l'identité d'un présumé assaillant. Dans un arrêt antérieur, *R. v. Steele*¹⁰, confirmé par cette Cour¹¹, la corroboration de la version de la plaignante a été établie par la déposition d'un témoin qui avait vu la plaignante et l'accusé danser ensemble dans une salle de danse, quitter l'endroit séparément, puis se retrouver à l'extérieur et aller en direction d'un parc public. Ce témoin ne les a pas vus entrer dans le parc où la plaignante affirme avoir été attaquée. Dans cette affaire, la preuve corroborante venait donc de la déposition d'une autre personne que la plaignante. Il en est de même dans *The Queen v. Redpath*¹². L'appellant avait été déclaré coupable d'attentat à la pudeur d'une fillette de sept ans. Selon le témoignage de la fillette, elle jouait sur un terrain marécageux un certain après-midi lorsqu'un homme, qu'elle a identifié comme l'appellant, l'a jetée au sol et a attenté à sa pudeur. Un certain M. Hall, qui se trouvait en bordure du marécage avec son épouse, avait vu une automobile (plus tard identifiée comme appartenant à l'épouse de l'appellant) stationnée près du marécage et un homme, qu'il a identifié comme étant l'appellant, marcher vers la fillette, et il l'avait vu revenir un peu plus tard et repartir en voiture. Immédiatement après, M. Hall a vu la fillette revenir du marécage dans un état lamentable. L'appellant a plaidé en défense qu'il n'était jamais allé près du marécage. Le juge de première instance a attiré l'attention du jury sur deux questions et il a indiqué que l'attentat à la pudeur devait être corroboré et que s'ils étaient convaincus que la fillette avait été victime d'un attentat à la pudeur, ils devaient déterminer s'il y avait corroboration impliquant l'appellant. Le juge en chef lord Parker a déclaré ce qui suit relativement à la preuve corroborante impliquant l'appellant (à la p. 321):

¹⁰ (1923), 33 B.C.R. 197.

¹¹ [1924] 4 D.L.R. 175; 42 C.C.C. 375.

¹² (1962), 46 Cr. App. R. 319 (C.C.A.).

¹⁰ (1923), 33 B.C.R. 197.

¹¹ [1924] 4 D.L.R. 175; 42 C.C.C. 375.

¹² (1962), 46 Cr. App. R. 319 (C.C.A.).

So far as corroborative evidence implicating this appellant is concerned, it is abundant, because Mr. Hall, quite apart from claiming to identify the appellant, took the number of the car, which belonged to the appellant's wife, and that quite clearly—and it is not disputed—was corroboration of the girl's identification of this appellant.

See also *R. v. Boucher*¹³, at p. 270, as exemplifying a case in which the story of the girl's mother and the stories of two independent witnesses, taken together, satisfied the requirements of independent corroborative evidence that a crime had been committed and that the accused had committed it.

I return to the present case. The second piece of evidence upon which the trial judge relied as corroborative, the emotionally distraught condition of the girl after the offence, might go to corroborate evidence of non-consent if that were an issue in the case (*R. v. White, Dubeau and McCullough*¹⁴; *R. v. Basken and Kohl*¹⁵; *R. v. Flannery*¹⁶; *R. v. Boyd*¹⁷; *R. v. Conners and Jones*¹⁸), but consent or lack of consent is not at issue and I do not think it can be said that evidence in any way implicates the accused.

Thirdly, the presence of seminal fluid no doubt supports the complainant's story that intercourse took place but it does not serve any other purpose. It does not show that the intercourse was without consent nor does it implicate any of the accused.

The fourth item, the human scalp hair, is in my view of such little probative value as to be incapable of corroborative effect. Corroboration must not be so meagre as to create a mere possibility that the accused committed the crime charged: *MacDonald v. The King*¹⁹. All that the evidence amounted to was the finding of a single Caucasian,

[TRADUCTION] En ce qui concerne la preuve corroborante impliquant l'appellant, elle est amplement suffisante, car M. Hall, en plus d'identifier l'appellant, a pris le numéro d'immatriculation de la voiture, qui appartenait à l'épouse de l'appellant. De toute évidence—et ce n'est pas contesté—cela constitue une corroboration de l'identification de l'appellant par la fillette.

Voir également l'arrêt *R. v. Boucher*¹³, à la p. 270, à titre d'exemple d'un cas où la version de la mère de la jeune fille et les dépositions de deux témoins indépendants, considérés ensemble, répondaient aux exigences de la preuve corroborante indépendante établissant que le crime avait été commis et que l'accusé était celui qui l'avait commis.

Je reviens à la présente affaire. Le deuxième élément de preuve retenu par le juge de première instance aux fins de la corroboration, l'état de désarroi de la jeune fille après l'infraction, pourrait corroborer l'absence de consentement si la question se posait en l'espèce (*R. v. White, Dubeau and McCullough*¹⁴; *R. v. Basken and Kohl*¹⁵; *R. v. Flannery*¹⁶; *R. v. Boyd*¹⁷; *R. v. Conners and Jones*¹⁸), mais le consentement ou l'absence de consentement n'est pas en litige et à mon avis on ne peut considérer cette preuve comme impliquant les accusés de quelque façon.

Troisièmement, il ne fait aucun doute que la présence de sperme appuie la version de la plaignante selon laquelle des rapports sexuels ont eu lieu, mais cette preuve ne peut avoir d'autres conséquences. Elle n'établit pas que les rapports sexuels ont eu lieu sans consentement et n'implique aucun des accusés.

Le quatrième élément (les cheveux) a, à mon avis, une valeur probante trop faible pour être une corroboration. Il ne suffit pas que la corroboration indique la simple possibilité que l'accusé ait commis le crime allégué: *MacDonald c. Le Roi*¹⁹. Tout ce que la preuve établit, c'est la présence d'un seul cheveu d'origine caucasienne, non-indienne,

¹³ [1963] 2 C.C.C. 241 (B.C. C.A.).

¹⁴ (1974), 16 C.C.C. (2d) 162 (Ont. C.A.).

¹⁵ (1974), 28 C.R.N.S. 359 (Sask. C.A.).

¹⁶ [1969] V.R. 586 (S.C.).

¹⁷ (1974), 25 C.R.N.S. 381 (Ont. C.A.).

¹⁸ [1972] 5 W.W.R. 1.

¹⁹ [1947] S.C.R. 90.

¹³ [1963] 2 C.C.C. 241 (C.A. C.-B.).

¹⁴ (1974), 16 C.C.C. (2d) 162 (C.A. Ont.).

¹⁵ (1974), 28 C.R.N.S. 359 (C.A. Sask.).

¹⁶ [1969] V.R. 586 (C.S.).

¹⁷ (1974), 25 C.R.N.S. 381 (C.A. Ont.).

¹⁸ [1972] 5 W.W.R. 1.

¹⁹ [1947] R.C.S. 90.

non-Indian, hair on the slacks worn by the complainant and the finding on Warkentin's slacks of seventy hairs of Caucasian origin. The expert witness called by the Crown could not say that the single hair and the seventy hairs had come from the same source.

The fifth and final item of evidence which the judge placed before the jury as capable of corroborative effect, the pine needles, fails for many reasons. It does not strengthen nor confirm the evidence of the complainant on any issue.

The five pieces of evidence to which the trial judge referred tended to support the credibility of the complainant and they were no doubt admissible in evidence, but they cannot, in my opinion, be regarded as capable of being corroborative of the complainant's evidence, within the meaning of s. 142 of the *Criminal Code*. There is simply no corroborative evidence which links the group (comprising the three accused and a fourth man) or any individual member of the group to the offence. The mere presence of the four men in the Town of Williams Lake on the night of the alleged crime can hardly serve as a *nexus* entwining the accused with the act of forced intercourse, nor can ownership of a red Mustang by one of the men. The evidence of identity must be such as to place the accused at the scene of the crime, not at some other place in the same town. I entirely agree that items of evidence said to implicate an accused may be looked at collectively and within the total picture of all of the evidence but if, lacking independence, none of the items is capable of corroborative effect, then no accumulation will serve to create that effect.

Before leaving the case, I would refer briefly to the question of jurisdiction. In his reasons for judgment, my brother de Grandpré properly draws attention to the failure to specify the grounds for dissent in the formal judgment of the Court of Appeal, an omission which he feels is fatal to jurisdiction in this Court. Section 606 of the *Criminal Code* specifies the requirement as follows:

Where an appeal is dismissed by the court of appeal and a judge of that court expresses an opinion dissenting

sur le pantalon de la plaignante et la présence sur le pantalon de Warkentin de soixante-dix cheveux d'origine caucasienne. L'expert appelé par le ministère public ne pouvait affirmer que le cheveu trouvé sur les vêtements de la plaignante et les autres soixante-dix cheveux avaient la même origine.

Le cinquième et dernier élément de preuve retenu par le juge aux fins de la corroboration—les aiguilles de pin—ne peut être admis pour plusieurs motifs. Il n'appuie pas ni ne confirme sur aucun point la version de la plaignante.

Les cinq éléments de preuve retenus par le juge de première instance tendaient à étayer la crédibilité de la plaignante et ils étaient admissibles en preuve; cependant ils ne peuvent, à mon avis, servir à corroborer le témoignage de la plaignante au sens de l'art. 142 du *Code criminel*. En fait, aucune preuve corroborante ne lie le groupe (les trois accusés et le quatrième homme) ou un membre du groupe à l'infraction. La simple présence des quatre hommes dans la ville de Williams Lake le soir du prétendu crime peut difficilement constituer le lien entre les accusés et le viol, pas plus que le fait que l'un d'entre eux est propriétaire d'une Mustang rouge. La preuve relative à l'identité doit situer les accusés sur les lieux du crime et non à quelque autre endroit dans la même ville. Je suis pleinement d'accord que les éléments de preuve impliquant un inculpé peuvent être considérés ensemble, mais s'ils ne sont pas indépendants, aucun de ces éléments ne peut être corroborant et, en conséquence, l'ensemble non plus ne peut l'être.

Avant de terminer je voudrais brièvement étudier la question de compétence. Dans ses motifs de jugement, mon confrère le juge de Grandpré souligne à juste titre que le jugement formel de la Cour d'appel ne spécifie pas les motifs de dissidence, et déclare qu'à son avis ce vice rend cette Cour incompétente. L'article 606 du *Code criminel* prescrit ce qui suit:

Lorsqu'un appel est rejeté par la cour d'appel et qu'un juge de cette cour exprime une opinion opposée au

from the judgment of the court, the formal judgment of the court shall specify any grounds in law upon which the dissent, in whole or in part, is based.

Despite the incomplete nature of the formal judgment, I consider, with due respect for those of contrary view, that this Court has jurisdiction to hear the appeal. Section 618(1)(a) of the *Code* accords an appeal to any person convicted of an indictable offence "on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents". There is no reference in s. 618(1)(a) to s. 606, and I cannot conclude that it is fatal to an individual's right to appeal that the formal judgment is irregular.

The issue as to the form of dissent necessary to found jurisdiction was raised in *Canning v. The King*²⁰, and left open, even though there was no clear statement of the point or points of law on which the dissent rested in either the formal judgment nor in the notice of appeal and no written reasons for the dissent were given. The situation is very different here, as the points of law on which Robertson, J.A. dissented are clearly set out in his reasons for judgment.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal for British Columbia and direct a new trial. This is not a case in which s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* can have application to sustain the jury verdict, because one cannot say that the misdirection might not have influenced the jury in reaching the verdict.

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

DE GRANDPRÉ J.—The indictment against the three appellants reads:

THAT at or near Williams Lake, in the County and Province aforesaid, on or about the 5th day of May, A.D. 1973, being then and there together, they did unlawfully assault Helen Sandy, a woman not their wife and did have sexual intercourse with her without her consent, thereby committing rape, contrary to the form of the statute in such case made and provided and

²⁰ [1937] S.C.R. 421.

jugement de la cour, le jugement formel de la cour doit spécifier tout motif en droit sur lequel repose cette dissidence, en totalité ou en partie.

Même si le jugement formel est incomplet, je suis d'avis, avec respect pour les partisans de l'opinion contraire, que cette Cour a compétence pour entendre l'appel. L'article 618(1)a) du *Code* accorde un droit d'appel à toute personne déclarée coupable d'un acte criminel «sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la Cour d'appel est dissident». L'article 618(1)a) ne renvoie pas à l'art. 606 et je ne peux conclure que l'irrégularité du jugement formel annule le droit d'appel d'un individu.

La question du genre de dissidence nécessaire pour donner compétence à la Cour a été soulevée dans *Canning c. Le Roi*²⁰, et n'a pas été tranchée, bien que le point (ou les points) de droit sur lequel était fondée la dissidence ne fût pas clairement énoncé dans le jugement formel ni dans l'avis d'appel et qu'aucun motif écrit de dissidence n'eût été rédigé. La situation est très différente en l'espèce, car les points de droit sur lesquels le juge d'appel Robertson a fondé sa dissidence sont clairement exprimés dans les motifs de son jugement.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et d'ordonner un nouveau procès. Il ne s'agit pas d'un cas où l'on peut appliquer l'art. 613(1)b)(iii) du *Code criminel* pour maintenir le verdict du jury, car on ne peut affirmer que les directives erronées n'ont pas influencé le jury dans son verdict.

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

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Les trois appelants ont été inculpés:

[TRADUCTION] D'AVOIR, à proximité de Williams Lake ou à cet endroit, dans le comté et la province susdite, le 5 mai 1973 ou vers cette date, ensemble illégalement attaqué Helen Sandy, une femme qui n'est l'épouse d'aucun des trois et d'avoir eu des rapports sexuels avec elle, sans son consentement, commettant ainsi un viol, en contravention de la loi applicable et

²⁰ [1937] R.C.S. 421.

against the peace of our Lady the Queen, her Crown and Dignity.

A verdict of guilty was entered against all three. On appeal, the following order was pronounced:

THIS COURT DOTH ORDER AND ADJUDGE that the Appeal of each of the Appellants from his conviction be and the same is hereby dismissed;

BE IT RECORDED that the Honourable Mr. Justice Robertson dissented from the judgment of the Court as aforesaid and would have allowed the appeal of each of the Appellants and quashed the conviction of each of the Appellants and ordered a new trial.

Although the dissent of Robertson J.A. is recorded, the formal judgment of the Court does not follow the prescription of s. 606 of the *Criminal Code* which enacts that the formal judgment "shall specify any grounds in law upon which the dissent, in whole or in part, is based". Inasmuch as the present appeal has been entered as of right because of the dissent (s. 618(1)(a)), it is my view that we have no jurisdiction, the formal judgment not specifying the ground of dissent upon which the appeal is purportedly taken. The point was mentioned in *Canning v. The King*²¹ but the Court did not think it necessary to decide the question (p. 423).

Notwithstanding the foregoing, I now turn to the question of law raised by the dissenting reasons of Robertson J.A. The relevant part of the notice of appeal to this Court reads:

The learned trial judge erred in his application of the principles of law relating to corroboration as disclosed by the charge to the jury in which the learned trial judge instructed the jury that there had been adduced the following pieces of evidence which were capable of corroborating the evidence of the complainant:

(a) The written admission made at trial on behalf of all three accused in the following words:

"At approximately 1:30 a.m. on May 6, 1973, the three accused and a fourth man were together at a dance at a place known as Squaw Hall at the Exhibition Grounds at Williams Lake, in the County of Cariboo, Province of British Columbia.

²¹ [1937] S.C.R. 421.

portant ainsi atteinte à la paix de notre Souveraine, à son Gouvernement et à sa Dignité.

Un verdict de culpabilité a été prononcé contre les trois appelants. En appel, l'ordonnance suivante a été rendue:

[TRADUCTION] LA COUR SUSDITE ORDONNE que l'appel interjeté par chaque appelant de sa déclaration de culpabilité soit par la présente rejeté:

QUE SOIT CONSIGNÉE la dissidence de M. le juge Robertson à l'égard du jugement précité de la Cour. Il aurait accueilli l'appel de chaque appelant, annulé la déclaration de culpabilité prononcée à l'égard de chacun d'eux et ordonné un nouveau procès.

Le fait que la dissidence du juge d'appel Robertson soit consignée par écrit ne rend pas pour autant le jugement formel de la Cour d'appel conforme aux exigences de l'art. 606 du *Code criminel* qui dispose que le jugement formel «doit spécifier tout motif en droit sur lequel repose cette dissidence, en totalité ou en partie». Dans la mesure où le présent pourvoi a été interjeté de plein droit en vertu de cette dissidence (art. 618(1)a), je suis d'avis que nous n'avons pas compétence puisque le jugement formel ne spécifie pas le motif de dissidence sur lequel le pourvoi est censé porter. Cette question a été soulevée dans *Canning c. Le Roi*²¹, mais la Cour n'a pas jugé nécessaire de la trancher (à la p. 423).

Néanmoins, j'en viens maintenant à la question de droit soulevée par la dissidence du juge Robertson. Voici les extraits pertinents de l'avis d'appel soumis à cette Cour:

[TRADUCTION] Le savant juge de première instance a mal appliqué les principes juridiques relatifs à la corroboration en indiquant, dans son exposé au jury, que les éléments de preuve suivants pouvaient servir à corroborer le témoignage de la plaignante:

a) Les faits admis par écrit produits au procès au nom des trois accusés, selon laquelle:

«Vers 1 h 30, le 6 mai 1973, les trois accusés et un autre homme étaient ensemble au dancing de Squaw Hall, situé sur le terrain de l'exposition, à Williams Lake dans le comté de Cariboo, province de la Colombie-Britannique.

²¹ [1937] R.C.S. 421.

“The accused and the fourth man were questioned and admitted that they had been together at an unstated time earlier in the evening.

“The red Mustang vehicle owned by the accused Hanson was parked at the dance but the accused were not occupying it when they were taken in for questioning.”

(b) The distraught condition of the complainant when picked up on a roadside by friends and at the time of her speaking to the police and the doctor.

(c) The presence of seminal fluid in the complainant's vagina and on her panties.

(d) The presence of a human scalp hair of Caucasian origin on her jeans, which was similar to hair found on the clothing of one of the accused.

(e) The presence of pine needles in the crotch of the complainant's underclothes . . .

The notice of appeal against conviction by each of the three appellants had put three other grounds before the Court of Appeal:

2. The Learned Trial Judge misdirected the jury on identification.

3. The Learned Trial Judge wrongly admitted into evidence an alleged first complaint.

4. The Learned Trial Judge failed to instruct the jury on the law with respect to aiding and abetting.

The last of these grounds was abandoned by appellants before the hearing took place in the Court of Appeal and the two others were rejected by all three justices. I have found it necessary to refer to this aspect because appellants have alluded to grounds 2 and 3 in the course of their argument. Of course, none of these three grounds is still open for this Court.

The issue of corroboration is the only one before us. Before turning thereto, we must have a look at complainant's version. Helen Sandy, an 18-year-old native Indian girl, lives a few miles from Williams Lake. About noon, on May 5, she came to the town, did some errands including a visit to a laundromat. She spent some time with her cousin Marlene Chelsea, ending up in a room at the Ranch Hotel with her cousin and her cousin's husband. Two or three times she wandered over to the Lakeview Hotel looking for friends of hers.

«Les accusés et le quatrième homme ont été interrogés et ils ont admis qu'ils étaient ensemble plus tôt dans la soirée, à une heure non précisée.

«La voiture rouge de marque Mustang, qui appartenait à l'accusé Hanson, était garée près du dancing; mais les accusés n'étaient pas dans la voiture lorsqu'ils ont été appréhendés.»

b) Le désarroi de la plaignante, constaté par des amis qui l'ont retrouvée au bord de la route et l'ont fait monter dans leur voiture, et par le policier et le médecin avec qui elle a parlé.

c) La présence de sperme dans le vagin de l'appelante et sur sa culotte.

d) La présence de cheveux d'origine caucasienne sur ses jeans, semblables aux cheveux trouvés sur les vêtements de l'un des accusés.

e) La présence d'aiguilles de pin dans les sous-vêtements de la plaignante . . .

L'avis d'appel visant la déclaration de culpabilité et présenté par chacun des trois appelants invoquait trois autres moyens devant la Cour d'appel:

[TRADUCTION] 2. Le savant juge de première instance a donné des directives erronées aux jurés au sujet de l'identification.

3. Le savant juge de première instance a commis une erreur en admettant en preuve une prétendue plainte initiale.

4. Le savant juge de première instance a omis d'instruire le jury sur l'état du droit en matière de complicité.

Les appelants ont abandonné le dernier de ces trois moyens avant l'audience en Cour d'appel et les trois juges ont rejeté les deux autres. J'ai jugé nécessaire de mentionner ces points parce que, dans leurs plaidoiries, les appelants ont fait allusion aux moyens 2 et 3. Il est bien évident que cette Cour n'a à se prononcer sur aucun de ces moyens.

Seule la question de la corroboration nous est soumise. Avant de l'aborder, il convient d'étudier la version des faits donnée par la plaignante. Helen Sandy, une jeune fille de 18 ans, d'origine indienne, vit à quelques milles de Williams Lake. Le 5 mai, vers midi, elle est allée en ville, pour y faire quelques courses, dont une à la blanchisserie. Elle a passé une partie de l'après-midi avec sa cousine Marlene Chelsea et l'a terminée dans une chambre à l'hôtel Ranch, en compagnie de sa cousine et du mari de celle-ci. A deux ou trois

She wanted to go to the dance. Eventually, around 9 p.m., near the Ranch Bar, she was grabbed by four men, three of whom are present appellants, who took her a short distance down the street, then forced her up into the back seat of a red Ford Mustang car and drove to a place called Glendale, which is a suburb of Williams Lake, approximately two miles away. On arrival at Glendale, at an isolated spot, one of them pulled her out of the car and threw her on the ground. Two of the accused then held her arms and one, after having undressed her partially, had intercourse with her without her consent while the fourth stood close by laughing. After the act on intercourse, Hanson took her into the bush, said he was going to get some cigarettes and told her that the others would also have intercourse with her if she was still there when he got back. She grabbed her clothes, ran down the road and was picked up by a car containing a friend, Diane Buckle, and George Ross. She was very upset and crying hard. On her return to Williams Lake, a few minutes later, she met another friend and was finally convinced to go to the police. The three appellants were arrested around 1:30 a.m. on May 6. As mentioned in the admission quoted in the notice of appeal, they were together at the time, had been together earlier in the evening and the red Mustang car was parked outside.

As to the first piece of evidence stated by the trial judge to be capable of corroborating complainant's version, there was, of course, the admission; as to the other four pieces, there was testimony. The only issue before us: do these pieces of evidence have, in the circumstances of the case, a corroborative quality so that the trial judge was right in leaving them to be weighed by the jury?

Apart from that particular issue, the charge meets all the standards evolved over the years. In particular, it underlines:

reprises, elle s'est promenée jusqu'à l'hôtel Lakeview, à la recherche d'amis. Elle voulait aller danser. Finalement, vers 21 h, à proximité du Ranch Bar, quatre hommes, dont les trois appellants en l'espèce, se sont emparés d'elle, lui ont fait parcourir une courte distance dans la rue, l'ont poussée sur le siège arrière d'une voiture rouge de marque Mustang et l'ont conduite à Glendale, à environ deux milles de Williams Lake, dans la banlieue. Une fois arrivés à Glendale, dans un endroit isolé, l'un d'entre eux l'a sortie de la voiture et l'a jetée au sol. Deux des accusés lui ont ensuite tenu les bras et, après l'avoir partiellement déshabillée, l'un d'entre eux l'a violée, alors que le quatrième se tenait près d'eux et riait. Après cela, Hanson l'a conduite dans les bois et lui a dit qu'il allait chercher des cigarettes et que si elle était toujours là à son retour, les autres la violeraient aussi. Elle a donc rapidement ramassé ses vêtements et a couru jusqu'à la route où elle s'est fait recueillir par une voiture où se trouvaient une amie, Diane Buckle, et George Ross. Elle était très bouleversée et pleurait à chaudes larmes. A Williams Lake, quelques minutes plus tard, elle a retrouvé un autre ami et elle s'est laissée convaincre de rapporter l'incident à la police. Les trois appelants ont été arrêtés vers 1 h 30, le 6 mai. Comme l'indiquent les faits admis dans l'avis d'appel, ils étaient ensemble au moment de l'arrestation ainsi que plus tôt dans la soirée et la Mustang rouge était garée à l'extérieur.

En ce qui concerne le premier élément de preuve retenu par le juge de première instance aux fins de la corroboration du témoignage de la plaignante, il y avait bien sûr les faits admis. Pour les quatre autres, il s'agissait de témoignages. La seule question à trancher est donc la suivante: ces éléments de preuve peuvent-ils, dans les circonstances de l'espèce, servir à la corroboration et le juge de première instance a-t-il eu raison de les soumettre à l'appréciation du jury?

Mise à part cette question précise, l'exposé du juge répond à tous les critères établis au cours des années. Il souligne notamment que:

—corroborative evidence must be independent of the complainant (*Hubin v. The King*²²);

—there is no corroboration if the testimony is equally consistent with the truth as with the falsity of complainant's story (*Thomas v. The Queen*²³).

Appellants' basic submission is that for each of the three accused there are three issues, namely intercourse, absence of consent and identity, and that each of the three appellants must be looked at individually. In other words, in the case at bar, there were nine separate issues and there would be misdirection as to corroboration because, as stated in their factum, "in his charge to the jury, the learned trial judge did not distinguish which pieces of evidence were capable of corroborating which particular issue in the case but all the items were lumped together as being generally capable of corroborating the complainant's story".

The general principles on the issue of corroboration, especially in the case of a sexual offence, have been reviewed by Ritchie J. in *The Queen v. Parish*²⁴, who, at p. 472, adopted the following statement of McFarlane J.A., in his dissenting judgment in the British Columbia Court of Appeal²⁵, at p. 376:

"I think evidence which may be corroboration of the evidence of a female person in such a case is evidence which may, in law, be considered by the jury as evidence of a material particular implicating the accused in the commission of the crime alleged. A particular is material in this sense if it may, in the opinion of the jury, show or tend to show that the testimony of the female person that the offence was committed and committed by the accused is true, thus being relevant to the issue which the jury is called upon to decide. That issue in this case was simply whether or not there was an act of sexual intercourse. To be capable of being considered corroborative, evidence need not in itself prove the guilty act."

As was said by Martin J.A. delivering the judg-

²² [1927] S.C.R. 442.

²³ [1952] 2 S.C.R. 344.

²⁴ [1968] S.C.R. 466.

²⁵ [1967] 3 C.C.C. 360.

—la corroboration doit être une preuve indépendante du témoignage de la plaignante (*Hubin c. Le Roi*²²);

—il n'y a pas de corroboration si le témoignage est compatible avec la véracité aussi bien qu'avec la fausseté de la version de la plaignante (*Thomas c. La Reine*²³).

Les appelants soutiennent essentiellement que trois points doivent être prouvés à l'égard de chaque accusé, soit, les rapports sexuels, l'absence de consentement et l'identité et que le cas de chacun doit être étudié séparément. En d'autres termes, il y avait en l'espèce neuf points distincts à prouver et le juge a donné des directives erronées au jury au sujet de la corroboration. En effet, selon leur factum: [TRADUCTION] «dans son exposé au jury, le savant juge de première instance n'a pas indiqué quels éléments de preuve pouvaient servir à corroborer chaque point particulier; il a considéré que tous les éléments de preuve pouvaient, en bloc, servir à corroborer le témoignage de la plaignante».

Dans l'arrêt *La Reine c. Parish*²⁴, le juge Ritchie a passé en revue les principes généraux en matière de corroboration, plus précisément dans le cas d'infractions d'ordre sexuel et, à la p. 472, il a adopté le passage suivant de la dissidence du juge McFarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique²⁵, à la p. 376:

[TRADUCTION] «A mon avis, un élément de preuve qui peut corroborer le témoignage de la personne du sexe féminin dans un tel cas est celui que le jury peut, en droit, considérer comme la preuve d'un détail important qui implique le prévenu dans la perpétration du crime allégué. Un détail est important lorsque le jury estime qu'il montre ou tend à montrer que le témoignage de la plaignante, selon lequel l'infraction a été commise, et commise par le prévenu, est véridique et que ce détail est donc pertinent au litige soumis au jury. En l'espèce, il s'agit uniquement de déterminer s'il y a eu des rapports sexuels ou non. Pour être corroborante, il n'est pas nécessaire que la preuve suffise d'elle-même à prouver l'acte coupable.»

Comme l'a déclaré le juge Martin, qui a prononcé

²² [1927] R.C.S. 442.

²³ [1952] 2 R.C.S. 344.

²⁴ [1968] R.C.S. 466.

²⁵ [1967] 3 C.C.C. 360.

ment of the Court of Appeal of Ontario in *R. v. Boyce*²⁶, at p. 572:

In many cases involving sexual offences there will be no physical evidence of the alleged offence. In cases of indecent assault and gross indecency, commonly, the only evidence of the element of indecency is the complainant's evidence. The same situation may exist with respect to proof of penetration in some cases of rape. It is, of course, unnecessary to prove these elements independently of the complainant's evidence. What is sought is independent evidence which makes it probable that the complainant's testimony with respect to the vital issue or issues is true.

Corroboration is not a word of art. It is a matter of common sense. In recent years, this Court has repeatedly refused to give a narrow legalistic reading of that word and to impose upon trial judges artificial restraints in their instructions to juries or to themselves. It will be sufficient to refer to two cases.

In *R. v. Kanester*²⁷, the accused had been convicted of rape after a trial in the course of which, following the testimony of complainant, he had admitted being the person mentioned in her evidence so that the sole issue was the consent or non-consent. The notice of appeal to the Court of Appeal, amongst many grounds, raised misdirection in that the judge would have erroneously instructed the jury that the finding of a piece of string in the appellant's car could be considered corroboration. The majority (Branca J.A., Norris J.A. concurring) agreed with that submission because in their view the connection of the string with the crime emanated from the complainant and, therefore, lacked the essential quality of independence; a lengthy quote from the judgment of this Court in *Hubin supra*, is to be found at p. 369 of the report. In his dissent, Maclean J.A. wrote (p. 379):

Ground No. 5: That the trial judge erred in instructing that certain matters could be corroborative.

This complaint was not particularized in the notice of appeal but the argument indicated that the appellant

²⁶ (1975), 7 O.R. (2d) 561.

²⁷ (1966), 48 C.R. 352, reversed 49 C.R. 402.

l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Boyce*²⁶, à la p. 572:

[TRADUCTION] Dans de nombreux cas d'infractions d'ordre sexuel, il n'existe aucune preuve matérielle de l'infraction alléguée. En matière d'attentat à la pudeur et de grossière indécence, la seule preuve provient habituellement du témoignage de la plaignante. La même situation peut se produire relativement à la preuve de la pénétration dans certains cas de viol. Il n'est pas nécessaire d'établir ces faits par une preuve indépendante du témoignage de la plaignante. Ce que l'on recherche cependant, c'est une preuve indépendante qui rende probable la véracité de la version de la plaignante sur la ou les questions essentielles.

La corroboration n'est pas une notion technique. C'est une simple question de bon sens. Ces dernières années, cette Cour a refusé à plusieurs reprises de donner une interprétation legaliste et étroite à ce terme et d'imposer aux juges du procès des restrictions artificielles aux directives qu'ils adressent au jury ou qu'eux-mêmes doivent suivre. Il suffit d'examiner deux arrêts.

Dans *R. v. Kanester*²⁷, le prévenu avait été déclaré coupable de viol. Au procès, il avait admis, suite au témoignage de la plaignante, être la personne en question de sorte que seul le consentement ou l'absence de consentement était en litige. L'avis d'appel produit en Cour d'appel alléguait notamment que le juge avait donné des directives erronées au jury en lui indiquant qu'un bout de ficelle trouvé dans la voiture de l'appelant pouvait constituer une preuve corroborante. La majorité (les juges Branca et Norris étant du même avis) a approuvé cet argument parce qu'à son avis le lien entre la ficelle et le crime provenait du témoignage de la plaignante et ne remplissait donc pas l'exigence essentielle de l'indépendance de la preuve; un long extrait de l'arrêt de cette Cour dans *Hubin*, précité, figure à la p. 369 du recueil. Dans sa dissidence, le juge Maclean écrivait (à la p. 379):

[TRADUCTION] 5^e moyen: Le juge de première instance a commis une erreur en indiquant que certains éléments pouvaient servir de corroboration.

Ce moyen n'a pas été repris en détail dans l'avis d'appel, mais la plaidoirie indique que l'appelant con-

²⁶ (1975), 7 O.R. (2d) 561.

²⁷ (1966), 48 C.R. 352, infirmé 49 C.R. 402.

complained that the finding of string in the appellant's car could be considered corroboration of the complainant's story, as it would not be independent evidence incriminating the appellant.

It will be noted, however, that there was evidence from the girl that he had tied her hands with string. A doctor testified that there were marks on her wrists. There was evidence that string was found in the car. The learned trial judge did not say that the finding of string in the appellant's car was corroborative of the girl's story. He put it this way:

"Furthermore, evidence was given of some string which the police found in the car, and that string was put in evidence and you will see it. The Crown does not suggest that that very string itself was necessarily used to tie the girl's hands but that the presence of that string in the car and other string is corroborative of the fact that her story could be true that the accused tied her hands up with string in the car itself. And I agree that you are at liberty to consider that as corroborative evidence—the string and the red mark on her wrist."

It should be noted that there was evidence that the car in which the string was found belonged to the appellant.

The combination of circumstances indicated by the learned judge formed the basis for his direction that the evidence could be considered corroborative. In my view his direction was correct.

The Crown appealed to this Court and this particular ground was argued again. In appellant's factum, the point was expressed thus:

For the reasons given in the dissenting judgment the Appellant respectfully submits that the Learned Trial Judge was not in error in charging the Jury in connection with the corroborative effect of string found in the car.

which respondent answered in his factum:

That the Learned Trial Judge erred in instructing the Jury that certain evidence of string found in the Respondent's automobile was independent evidence tending to connect the accused with the crime of rape and hence corroborative of the Complainant's account.

This Court (Taschereau C.J. and Fauteux, Abbott, Ritchie and Hall JJ.—there is an error in the report, Spence J. was not a member of that Bench)

teste le fait qu'une ficelle trouvée dans son automobile puisse constituer une preuve corroborant la version de la plaignante parce que ce n'était pas une preuve indépendante impliquant l'appelant.

Il convient toutefois de souligner que la jeune fille a témoigné qu'il lui avait lié les mains avec une ficelle. Un médecin a d'ailleurs témoigné qu'elle avait des marques aux poignets. La preuve démontre qu'on a trouvé de la ficelle dans la voiture. Le savant juge de première instance n'a pas dit que la présence de ficelle dans l'automobile corroborait la version de la jeune fille. Il s'est exprimé ainsi:

«En outre, la preuve révèle que la police a trouvé de la ficelle dans la voiture et cette ficelle a été produite en preuve et vous la verrez. Le ministère public ne prétend pas que c'est cette ficelle-là qui a servi à ligoter les mains de la jeune fille, mais que la présence de cette ficelle dans la voiture et d'autre ficelle peut corroborer sa version selon laquelle le prévenu lui a lié les mains, dans la voiture. Vous êtes libres de considérer que cette preuve est corroborante—c.-à-d. la preuve concernant la ficelle et les marques rouges aux poignets.»

Je vous rappelle que la preuve établit que la voiture dans laquelle on a trouvé la ficelle appartenait à l'appelant.

L'ensemble des circonstances exposées par le savant juge constituait la base de ses directives selon lesquelles la preuve pouvait être corroborante. A mon avis, il avait raison.

Le ministère public a interjeté un pourvoi devant cette Cour et ce moyen particulier a été de nouveau plaidé. Dans son factum, l'appelante a formulé le point en litige ainsi:

[TRADUCTION] Pour les motifs prononcés en dissidence, l'appelante prétend, avec égards, que le savant juge de première instance n'a pas donné de directives erronées au jury relativement à l'effet corroborant de la ficelle trouvée dans l'automobile.

ce à quoi l'intimé a répondu:

[TRADUCTION] Nous soutenons que le savant juge de première instance a donné des directives erronées au jury en lui indiquant que la preuve concernant la ficelle, trouvée dans l'automobile de l'intimé, constituait une preuve indépendante qui tendait à associer l'accusé au viol et corroborait donc la version de l'appelante.

Cette Cour (le juge en chef Taschereau et les juges Fauteux, Abbott, Ritchie et Hall—Il y a une erreur dans le recueil, le juge Spence ne siégeait

in an oral judgment, allowed the appeal and restored the conviction:

“We find no merit in the points argued before us on behalf of the respondent. We are in agreement with the reasons and conclusion of Maclean J.A.”

I now turn to *R. v. Thomas*, an unreported unanimous judgment of the Court of Appeal of British Columbia pronounced on June 22, 1970, and reversed on May 19, 1971 by this Court. Following a conviction of attempted rape in a case where consent or non-consent was the issue, the accused submitted two grounds to the Court of Appeal:

(1) that, when discussing corroboration, the trial judge had not repeated the warning he had already given when discussing circumstantial evidence and had not stated a second time that the facts could not amount to corroboration if they were equally consistent with the truth as with the falsity of complainant's story on that particular point;

(2) that the five items of evidence enumerated by the trial judge as being capable of amounting to corroboration were not so capable.

The Court of Appeal accepted the first submission and on that basis ordered a new trial. However, Bull J.A., on the second ground, expressed “some grave doubts as to whether some or all of them could be deemed capable of being corroborative, under the particular circumstances of this case”. This potentially corroborative evidence was

- (1) a missing button on complainant's blouse;
- (2) a missing clasp from her brassiere and a separation in the material;
- (3) the girl's distraught and disheveled condition that evening;
- (4) her emotionally upset condition when seen by the investigating constable the following day;
- (5) fairly fresh scuff marks at the edge of the road as seen by the constable the day after the assault.

pas à cette occasion), dans un jugement rendu oralement, a accueilli le pourvoi et rétabli la déclaration de culpabilité:

[TRADUCTION] «Nous sommes d'avis que les arguments plaidés devant nous au nom de l'intimé ne sont pas fondés. Nous sommes tous d'accord avec les motifs et la conclusion du juge d'appel Maclean.»

J'en viens maintenant à *R. c. Thomas*, un arrêt unanime de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, non publié, prononcé le 22 juin 1970 et infirmé par cette Cour le 19 mai 1971. Après avoir été déclaré coupable de tentative de viol, dans une affaire où le consentement ou l'absence de consentement constituait la question en litige, le prévenu avait soumis deux moyens à la Cour d'appel:

(1) en traitant de la corroboration, le juge de première instance n'a pas répété la mise en garde qu'il avait déjà donnée à propos de la preuve indirecte et il n'a pas indiqué une seconde fois que les faits ne constituaient pas une corroboration s'ils étaient compatibles avec la véracité aussi bien qu'avec la fausseté de la version de la plaignante à ce sujet;

(2) les cinq éléments de preuve énumérés par le juge de première instance aux fins de la corroboration ne pouvaient servir à cet égard.

La Cour d'appel a accueilli le premier moyen et a ordonné un nouveau procès. Cependant, le juge Bull a exprimé, au sujet du second moyen, [TRADUCTION] «des doutes sérieux, dans les circonstances de l'espèce, sur la valeur aux fins de la corroboration de certains ou de tous ces éléments de preuve». Ils étaient les suivants:

- (1) un bouton manquant au chemisier de la plaignante;
- (2) une agrafe manquante et une déchirure à son soutien-gorge;
- (3) son désarroi et le désordre de ses vêtements le soir en question;
- (4) son état émotionnel le lendemain, lorsque le policier enquêteur l'a vue;
- (5) des traces récentes de mêlée sur le bord de la route, constatées le lendemain par le policier.

Leave to appeal was granted to the Crown on the following question of law:

Whether the Court of Appeal erred in holding that although the trial Judge charged the Jury generally on the circumstantial evidence rule he was obliged to give the Jury a separate and distinct instruction on the applicability of the circumstantial evidence rule as to corroboration.

At the conclusion of the hearing, this Court composed of Fauteux C.J. and Martland, Judson, Ritchie and Spence JJ., allowed the appeal and restored the verdict:

We are of the opinion that the learned trial judge gave to the jury an exact and satisfactory definition of corroboration and in the circumstances of this case, his charge was adequate and accurate.

This treatment of corroboration as a matter of common sense, the purpose of which is to ensure that no conviction will be entered if there is a reasonable doubt as to the guilt, is not restricted to Canada. It is sufficient for my purpose to refer to two recent decisions of the House of Lords, namely *Director of Public Prosecutions v. Hester*²⁸, and *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*²⁹. From the holding of this last case, I extract two sentences:

The word "corroboration" had no special technical meaning; by itself it meant no more than evidence tending to confirm other evidence. No distinction could, therefore, be drawn between evidence which could be used as corroboration and evidence which might help the jury to determine the truth of the matter.

Appellants have invoked the authority of the judgment of the Court of Appeal of Ontario in *R. v. White, Dubeau and McCullough*³⁰, and particularly the following sentence found in the judgment of the majority written by Arnup J.A., where the reference was to the judge's charge:

He did not tell them that evidence which was equally consistent with the guilt or innocence of a particular accused could not in law be capable of corroboration against that accused.

²⁸ [1972] 3 All E.R. 1056.

²⁹ [1973] 1 All E.R. 440.

³⁰ (1974), 27 C.R. N.S. 66.

Le ministère public a obtenu l'autorisation d'appeler sur la question de droit suivante:

[TRADUCTION] La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en jugeant que, même si le juge de première instance avait donné des directives générales au jury sur les règles applicables à la preuve indirecte, il devait néanmoins donner au jury des directives particulières et distinctes sur leur applicabilité à la corroboration.

A la clôture de l'audition, la Cour, composée du juge en chef Fauteux et des juges Martland, Judson, Ritchie et Spence, a accueilli le pourvoi et rétabli le verdict:

Nous sommes tous d'avis que le savant juge de première instance a donné au jury une définition juste et satisfaisante de la corroboration et, dans les circonstances de cette affaire, ses directives ont été adéquates et précises.

Cette manière d'envisager la corroboration comme une question de bon sens vise à garantir qu'aucune condamnation ne sera prononcée s'il existe un doute raisonnable sur la culpabilité et cette pratique ne se limite pas au Canada. Il suffit à ce sujet de citer deux décisions récentes de la Chambre des lords, à savoir *Director of Public Prosecutions v. Hester*²⁸, et *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*²⁹. Voici un bref extrait de ce dernier arrêt:

[TRADUCTION] Le terme «corroboration» n'a aucun sens technique particulier; il s'agit seulement d'une preuve qui tend à confirmer une autre preuve. On ne peut donc pas établir de distinction entre une preuve qui peut servir aux fins de la corroboration et une preuve qui pourrait aider le jury à déterminer la vérité dans une affaire.

Les appelants ont invoqué l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. White, Dubeau and McCullough*³⁰, et, plus particulièrement, ce que le juge Arnup déclarait dans ses motifs, rédigés au nom de la majorité, au sujet de l'exposé du juge du procès:

[TRADUCTION] Il ne leur a pas dit qu'une preuve compatible avec la culpabilité aussi bien qu'avec l'innocence d'un prévenu ne pouvait, en droit, servir de corroboration contre ce prévenu.

²⁸ [1972] 3 All E.R. 1056.

²⁹ [1973] 1 All E.R. 440.

³⁰ (1974), 27 C.R. N.S. 66.

I simply wish to mention that Martin J.A., who concurred with Arnup J.A., in *White*, wrote in *R. v. Boyce, supra*, at p. 575:

The effect of this passage appears to have been misunderstood.

And then Martin J.A. explains the meaning of the passage. I cannot do any better than to refer in his reasons to the paragraphs immediately following the words just quoted.

When the indictment alleges, as in the case at bar, that a gang rape has been committed, the same common sense approach must be adopted. To insist that nine separate issues be submitted to the jury, namely intercourse, absence of consent and identity, in relation to each of the three accused individually, is to forget the realities of life; rape being a crime of the shadows, the Crown would never be in a position to adduce evidence of such a quality as to satisfy the criteria when applied separately to nine different issues. On that basis, one can well imagine the difficulties in the way of the Crown if the rape had been committed by six, eight or ten persons. It is no answer to state that in the light of s. 142 a conviction could always be entered on the basis of the complainant's evidence; Parliament has not enacted that corroboration would not be available in the case of gang rape.

Such a submission also fails to take into consideration s. 21 of the *Criminal Code*. The common purpose that joins the perpetrators of a gang rape renders everyone of them a party to the offence and there is certainly no need when looking at the corroborative evidence to relate it to each accused individually. It is sufficient to relate it to the group. The trial judge was correct when he said:

Well, I tell you ladies and gentlemen of the jury, that if you are satisfied beyond a reasonable doubt that there are four people there in and circumstances which she described and these men were three of the four then it does not matter whether Hanson had intercourse with her or Ken, as long as one man—one of these four—had intercourse with her against her consent or with her consent if the consent was extorted by threats or fear of bodily harm, then all are guilty of rape. The basis of

Je tiens seulement à signaler que le juge Martin, qui a souscrit aux motifs du juge Arnup dans l'arrêt *White*, a écrit dans l'affaire *R. v. Boyce*, précitée, à la p. 575:

[TRADUCTION] L'effet de ce passage semble avoir été mal compris.

Le juge Martin explique alors le sens de ce passage. Je ne saurais mieux faire que de référer à ses motifs, notamment aux alinéas suivant immédiatement l'extrait précité.

Lorsque l'acte d'accusation allègue, comme en l'espèce, la perpétration d'un viol collectif, la question doit être abordée avec le même bon sens. Il est irréaliste d'exiger que neuf questions distinctes soient soumises au jury, à savoir les questions des rapports sexuels, de l'absence de consentement et de l'identité, à l'égard de chacun des trois accusés; le viol étant un crime des ténèbres, le ministère public ne serait jamais en mesure de présenter des preuves répondant à ces critères pour chacun des neuf points séparément. Il est facile d'imaginer les difficultés que doit surmonter le ministère public si le viol a été commis par six, huit ou dix personnes. Répondre qu'en vertu de l'art. 142, il est toujours possible de prononcer une déclaration de culpabilité sur la base du témoignage de la plaignante, n'apporte aucune solution au problème; le législateur n'a pas édicté l'invalidité de la corroboration dans le cas d'un viol collectif.

En outre, une telle prétention ignore l'art. 21 du *Code criminel*. L'intention commune des auteurs d'un viol collectif rend chacun d'eux partie à l'infraction et il n'est pas nécessaire de relier la preuve corroborante à chacun des accusés individuellement. Il suffit de la relier au groupe. Le juge de première instance avait raison de déclarer:

[TRADUCTION] En résumé, mesdames et messieurs les jurés, si vous êtes convaincus au-delà de tout doute raisonnable que quatre personnes sont impliquées dans les circonstances décrites par la plaignante et que ces trois accusés en sont, alors peu importe que ce soit Hanson ou un autre qui ait eu des rapports sexuels avec elle, si l'un de ces quatre hommes a eu des rapports sexuels avec elle sans consentement, ou avec son consentement s'il a été arraché par des menaces ou par la

that, Crown counsel alluded to that law—but the basis of that law is found in Section 21 of our Criminal Code. Section 21(1) says everyone is a party to an offence who (a) actually commits it, (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it or, (c) abets any person in committing it.

She has testified that one man had intercourse with her while two men were holding her arms preventing her from struggling and fighting and another stood there laughing right by her feet.

If you are satisfied beyond a reasonable doubt that, in fact, this is so then the men holding her arms would be aiders, they would be the ones who did something for the purpose of aiding any person to commit it. The person standing there at her feet laughing would be what you would call an abettor.

I am satisfied that the corroborative evidence of which s. 142 speaks need not identify each accused separately when the evidence to be corroborated is that a gang rape has been committed. It is sufficient to establish that intercourse without consent has taken place and that the group was a party to it. In the same fashion, I cannot accept the submission that the corroborative evidence of s. 142 must be pigeonholed in three different slots, namely intercourse, non-consent and identity. The wording of the section goes against that interpretation. On the text of the article, there is corroboration when the story of the complainant is “corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused”. It is the entire picture that must be looked at, not a portion thereof. When that supporting evidence, as in the case at bar, is circumstantial, it is the whole that must be examined and not each piece individually. The corroborating evidence should not be broken up into fragments. Appellants’ submission is really the proposition that, in the case of sexual offences, corroboration may never be circumstantial because each piece must be complete in itself. Here again the trial judge should be quoted:

I say to you that these following bits of evidence are capable of being corroborative of the girl’s story. The fact that these men together—these four men were found together in Williams Lake within three or four hours or so of the alleged offence; the fact that they had admitted the four of them had been together earlier in

crainte de lésions corporelles, ils sont tous coupables de viol. L’avocat du ministère public a fait allusion à ce principe de droit, dont le fondement se trouve à l’art. 21 du Code criminel. En vertu de son par. (1), est partie à une infraction quiconque a) la commet réellement, b) accomplit ou omet d’accomplir quelque chose en vue d’aider quelqu’un à la commettre, ou c) encourage quelqu’un à la commettre.

Elle a témoigné qu’un de ces hommes a eu des rapports sexuels avec elle pendant que deux autres lui tenaient les bras pour l’empêcher de se débattre et que le dernier se tenait debout, tout près, et riait.

Si vous êtes convaincus au-delà de tout doute raisonnable que c’est la vérité, ceux qui lui ont tenu les bras seraient des complices car ils auraient accompli quelque chose en vue d’aider quelqu’un à commettre l’infraction, tout comme celui que se tenait debout près d’eux en riant et donc les encourageait.

Je suis convaincu qu’il n’est pas nécessaire que la preuve corroborante prévue à l’art. 142 identifie chaque accusé séparément lorsque le témoignage à corroborer porte sur la perpétration d’un viol collectif. Il suffit d’établir qu’il y a eu rapports sexuels, sans consentement, et participation du groupe. De même je ne puis admettre qu’il faille compartimenter la preuve corroborante prévue à l’art. 142 en trois éléments distincts à savoir les rapports sexuels, l’absence de consentement et l’identité, car le libellé de l’article ne permet pas pareille interprétation. En effet, aux termes de cet article, il y a corroboration lorsque la version de la plaignante est «corroborée sur un détail important par une preuve qui implique le prévenu». Il faut donc considérer l’ensemble du témoignage. Lorsque, comme en l’espèce, la preuve soumise à l’appui est une preuve indirecte, il faut l’examiner dans son ensemble, sans la fractionner. Les appellants soutiennent en fait que dans le cas d’infractions d’ordre sexuel, la corroboration ne peut jamais être fondée sur une preuve indirecte parce que chaque élément de preuve doit se suffire à lui-même. Sur ce point, citons à nouveau le juge de première instance:

[TRADUCTION] Les éléments de preuve suivants peuvent servir à corroborer le témoignage de la plaignante. Le fait que ces hommes étaient ensemble—qu’on les a trouvés ensemble à Williams Lake à peine trois ou quatre heures après l’infraction alléguée; le fait qu’ils ont tous admis avoir été ensemble plus tôt dans la soirée,

the evening even though an unstated time; the fact that the red motor vehicle which was owned by the accused was at the dance; the distraught condition of the girl when seen by Diane Buckle; the fact that fluid, seminal fluid was found in her vagina and a spot in the crotch of her pants and that the fact that a human scalp hair was found on her jeans—I'll have more to say about that because counsel suggested to you it was found only in the bag—was found on her jeans and it could have originated—not must have, could have originated from the same source as the seventy human scalp hairs or approximately seventy on Warkentin's clothes. Each one of these pieces of evidence by itself is insignificant and does not prove there has been a crime committed or that the accused committed them but as I say, you must consider them all together . . .

Again, I remind you before, when I tell you that is being corroborative, before you find it is in fact corroborative of the girl's testimony—that is, that it shows or tends to show that her story that the crime was committed namely rape and that the accused committed it, is true you must be satisfied that those pieces of evidence to which I referred taken as a whole are not only consistent with the truth of her story but inconsistent with any other rational conclusion.

The last part of this last sentence may be too favourable to the accused in that it appears to go beyond the test enunciated by this Court in the 1952 *Thomas* case, *supra*, where Cartwright J., as he then was, speaking for the Court, said that it was essential that it be made plain to the jury that (p. 354):

. . . facts, though independently established, could not amount to corroboration if, in the view of the jury, they were equally consistent with the truth as with the falsity of her story on this point.

I should add that the pine needles were mentioned by the trial judge when the jury was recalled. No objection to the charge was voiced in open Court by counsel acting for the accused; in Chambers, on a previous day, he had expressed the opinion that the fact that the accused "were arrested together in a red Mustang—perhaps that in itself may be corroborative—may be capable of being corroborative" but that putting all together was "just going a little bit too far".

à une heure non précisée; le fait que l'automobile rouge qui appartenait à l'un des accusés était garée près du dancing; l'état de désarroi de la plaignante constaté par Diane Buckle; la présence de sperme dans son vagin et une tache sur la fourche de son pantalon et la présence de cheveux sur ses jeans—je reviendrai sur ce point parce que l'avocat prétend qu'on les a trouvés dans le sac—et qui pouvaient provenir—je ne dis pas «devaient»—du même endroit que les soixante-dix cheveux trouvés sur les vêtements de Warkentin. Chacun de ces éléments, pris isolément, peut n'avoir aucune portée sur le litige et ne prouve pas la perpétration du crime ni que les accusés en sont les auteurs, mais vous devez, les considérer tous ensemble . . .

Aussi, je vous rappelle à propos de ce que je qualifie de preuve corroborante, qu'avant de conclure que cette preuve corrobore effectivement la version de la plaignante—c'est-à-dire qu'elle montre ou tend à montrer que sa version selon laquelle le crime—un viol—a été commis, et que ce sont les accusés qui l'ont commis, est véridique—vous devez être convaincus que les éléments de preuve que je vous ai signalés sont non seulement compatibles avec la véracité de sa version mais incompatibles avec toute autre explication logique.

La fin de cette dernière phrase peut avantager les accusés, car elle va plus loin que le critère énoncé par cette Cour en 1952 dans l'arrêt *Thomas*, précité, où le juge Cartwright, alors juge puîné, déclarait, au nom de la Cour, qu'il était indispensable d'expliquer clairement au jury que (à la p. 354):

[TRADUCTION] . . . les faits, même s'ils sont établis par une preuve indépendante, ne peuvent constituer une corroboration si, de l'avis du jury, ils sont compatibles avec la véracité aussi bien qu'avec la fausseté de sa version sur cette question.

Je devrais préciser que le juge de première instance a parlé des aiguilles de pin au jury lorsque celui-ci a été rappelé. L'avocat représentant les accusés ne s'y est pas opposé de vive voix devant la Cour. Mais, quelques jours plus tôt dans le bureau du juge, il avait déclaré que le fait que les accusés [TRADUCTION] «aient été arrêtés ensemble, dans une Mustang rouge—pouvait peut-être en lui-même constituer une corroboration—pouvait servir de corroboration» mais que de tout mettre ensemble était [TRADUCTION] «un peu exagéré».

Rape is particularly a crime for which juries are the proper forum. It is the type of offence the examination of which turns on an infinite number of small details related to the credibility of the witnesses, the community in which the actors and the jurors live, the standards of conduct in that area, etc. With that in mind, when the charge to the jury is practically letter perfect and is only attacked because the trial judge would have been wrong in listing the possible corroborative elements, a Court of Appeal should be very reluctant to intervene and declare that the charge amounts to misdirection; this is especially so for this Court, twice removed as we are from the scene, where as in the present case, the verdict has been upheld in appeal by a majority judgment. In my eyes, this principle is implied in, and the basis of, our 1966 judgment in *Kanester, supra*, and our 1971 judgment in *Thomas, supra*, two cases where the conviction had been quashed by the Court of Appeal and was restored by this Court.

Because each case really turns on its own facts, I do not propose to enter upon a study of the decided cases. In my view, it is sufficient to look at the evidence mentioned by the trial judge as capable of amounting to corroboration and to see whether, examined as a complete picture, it establishes the three elements under discussion. The intercourse is clearly established by the presence of seminal fluid. The non-consent could certainly have been considered by the jury as corroborated by the distraught condition of the complainant as well as by the pine needles; in this day and age, if the complainant had no objection to have intercourse with one or the other of the accused, it was certainly open to the jury to decide that there was no need to go into the bush; our permissive society would certainly allow for more comfortable quarters. Relevant to the identity, in my view, were the two other pieces of evidence mentioned by the trial judge, namely the written admission and the human scalp hair; for the four men to be together at the time of their arrest, to have been together earlier in the evening, to have through one of them possession of a red Mustang automobile, all of these admitted facts coupled with the presence of

Le viol est un crime qui convient particulièrement au procès avec jury. C'est le genre d'infraction dont l'examen comprend un nombre infini de détails reliés à la crédibilité des témoins, à la communauté dans laquelle vivent les intéressés et les jurés, aux normes de conduite acceptées dans ce milieu, etc. Compte tenu de tout cela, lorsque l'exposé au jury est pratiquement un modèle du genre et qu'il n'est contesté que parce que le juge de première instance aurait commis une erreur en énumérant les éléments de corroboration possibles, une cour d'appel devrait hésiter à intervenir et à déclarer que l'exposé contient des directives erronées; c'est d'autant plus vrai pour cette Cour, doublement éloignée de l'incident, surtout lorsque, comme en l'espèce, le verdict a été maintenu en appel par le jugement de la majorité. A mon avis, ce principe est implicite dans nos jugements de 1966, *Kanester*, précité, et de 1971 *Thomas*, précité, et en constitue le fondement. Dans ces deux affaires, la déclaration de culpabilité avait été annulée par la Cour d'appel et rétablie par cette Cour.

Étant donné que chaque cas dépend de ses faits particuliers, je n'entends pas faire une étude de la jurisprudence. A mon avis, il suffit d'examiner la preuve retenue par le juge de première instance aux fins de la corroboration et de voir si, prise dans son ensemble, elle établit les trois éléments requis. La présence de sperme établit clairement les rapports sexuels. Le jury a pu considérer que l'absence de consentement était corroboré par l'état de désarroi de la plaignante et par les aiguilles de pin; de nos jours, si la plaignante n'avait eu aucune objection à avoir des rapports sexuels avec l'un ou l'autre des accusés, le jury était certainement libre de décider qu'il n'était pas nécessaire d'aller dans les bois; dans notre société tolérante, il leur aurait certainement été possible de trouver un endroit plus confortable. Au sujet de l'identité, il y a à mon avis les deux autres éléments de preuve mentionnés par le juge de première instance, à savoir la reconnaissance de certains faits et les cheveux; le fait que les quatre hommes aient été ensemble au moment de l'arrestation, et plus tôt dans la soirée, et le fait que l'un d'entre eux possédât une voiture rouge de marque Mustang, ce qu'ils ont admis, ajoutés à la présence de cheveux d'origine caucas-

the human scalp hair of Caucasian origin on the jeans worn by the complainant constitute "evidence which might help the jury to determine the truth of the matter" *D.P.P. v. Kilbourne, supra*. Not only was this evidence relevant and admissible, it was capable of corroborating complainant's evidence. Our judgment in *Hubin, supra*, does not govern the present situation because

(1) there was in that case no evidence that the accused was in the vicinity, on the contrary his statement had put him many miles away from the scene;

(2) there was in that case no other element left to the jury whereas in the case at bar, there is the additional factor of the hair which is certainly as capable of being corroborative as the piece of string in *Kanester, supra*.

The Crown when presenting a case based on circumstantial evidence is like a painter whose work is not to be judged after each stroke of the brush but simply at the end of the day. In the case at bar, the five pieces of evidence indicated by the trial judge to the jury as capable of constituting corroborative evidence should only be looked at together as a completed painting. Taken one by one, they do not tend to show that intercourse has taken place without the consent of the complainant with one or the other of the accused. Taken as a whole, however, they are certainly capable of establishing these three elements of the crime mentioned in the indictment.

For these reasons, I am in agreement with the reasons and conclusion of the Court of Appeal and I would dismiss the appeal.

BEETZ J.—I agree with Mr. Justice Dickson as to jurisdiction. I otherwise agree with Mr. Justice de Grandpré.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. and SPENCE, PIGEON and DICKSON JJ. dissenting.

sienne sur les jeans portés par la plaignante constituent [TRADUCTION] «une preuve pouvant aider le jury à déterminer la vérité» *D.P.P. v. Kilbourne, précité*. Non seulement cette preuve était-elle pertinente et recevable, mais elle pouvait corroborer la version de la plaignante. Notre jugement dans *Hubin, précité*, ne s'applique pas à la présente situation parce que

(1) il n'y avait dans cette affaire aucune preuve de la présence de l'accusé dans les environs; il affirmait au contraire dans sa déclaration qu'il se trouvait alors à plusieurs milles du lieu de l'incident;

(2) il n'y avait dans cette affaire aucun autre élément de preuve soumis au jury, alors qu'en l'espèce la preuve supplémentaire de la présence de cheveux peut certainement servir de preuve corroborante au même titre que le bout de ficelle dans *Kanester, précité*.

Lorsque le ministère public plaide une affaire fondée sur des preuves indirectes, il est comme un peintre dont l'œuvre ne peut être appréciée après chaque coup de pinceau mais seulement lorsque le tableau est terminé. Au même titre, les cinq éléments de preuve, retenus en l'espèce par le juge de première instance dans son exposé au jury comme pouvant constituer une preuve corroborante, doivent être pris globalement. Considérés isolément, ils ne tendent pas à établir que l'un ou l'autre des accusés a eu des rapports sexuels avec la plaignante sans son consentement. Toutefois, considérés ensemble, ils peuvent certainement établir les trois éléments de l'infraction énumérés dans l'acte d'accusation.

Pour ces motifs, je souscris aux motifs et à la conclusion de la Cour d'appel et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

LE JUGE BEETZ—Je partage l'opinion de M. le juge Dickson sur la question de compétence. Quant au reste, je souscris à l'opinion de M. le juge de Grandpré.

Appel rejeté, le juge en chef LASKIN et les juges SPENCE, PIGEON et DICKSON étant dissidents.

Solicitors for the appellants, Melvin Granville Warkentin and Clifford John Brown: Messner & Foster, 100 Mile House.

Solicitor for the appellant, Ralph Harry Hanson: George L. Murray, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Burke-Robertson, Chadwick & Ritchie, Ottawa.

Procureurs des appelants, Melvin Granville Warkentin et Clifford John Brown: Messner & Foster, 100 Mile House.

Procureur de l'appelant: Ralph Harry Hanson: George L. Murray, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Burke-Robertson, Chadwick & Ritchie, Ottawa.

**The Minister of Mines and Northern Affairs
for the Province of Ontario** *Appellant*;

and

**Sheridan Geophysics Limited, North
Canadian Enterprises Limited and Kidd
Copper Mines Limited** *Respondents*.

1976: March 30; 1976: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Taxation — Mines and minerals — Mining tax —
Right to consolidate three mining locations — Right to
claim depreciation — Deductibility of pre-production
expenses — The Mining Tax Act, R.S.O. 1960, c. 242
(now R.S.O. 1970, c. 275).*

*Costs — Costs before Mining Commissioner against
Crown disallowed by provincial statute — Power of
final appellate Court to award costs in the courts below
and before Mining Commissioner — Supreme Court
Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 49 — The British North
America Act, 1867, ss. 92, 101 — The Mining Tax Act,
R.S.O. 1960, c. 242, s. 10(6).*

The three substantive issues in the appeal relating to certain mining matters were resolved in the Supreme Court of Canada against the appellant without calling on counsel for the respondents. There remained for consideration only the cross-appeal for the costs of proceedings before the Mining Commissioner.

Held (Laskin C.J. and Judson, Spence and de Grandpré JJ. dissenting): The cross-appeal should be dismissed.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson and Beetz JJ.: By s. 92(14) of *B.N.A. Act, 1867*, a province has the power to legislate with regard to costs in civil proceedings, while by s.101 Parliament may legislate with regard to costs in the Supreme Court of Canada. Section 10(6) of the *Mining Tax Act, R.S.O. 1960, c.242* prohibits an award of costs against the Crown in proceedings before the Mining Commissioner. It has the same effect in the Court of Appeal, which could not hold the Mining Commissioner in error in failing to award costs

**Le ministre des Mines et des Affaires du
Nord de la province de l'Ontario** *Appellant*;

et

**Sheridan Geophysics Limited, North
Canadian Enterprises Limited et Kidd Copper
Mines Limited** *Intimées*.

1976: le 30 mars; 1976: le 5 octobre.

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

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

*Fiscalité — Mines et minéraux — Impôt minier —
Droit de grouper trois sites miniers — Droit de réclamer
un amortissement — Droit de déduire des dépenses
engagées antérieurement à l'exploitation — The Mining
Tax Act, R.S.O. 1960, c. 242 (actuellement R.S.O.
1970, c. 275).*

*Dépens — La loi provinciale interdit l'adjudication à
l'encontre de la Couronne des dépens relatifs aux pro-
cédures instituées devant le commissaire aux mines —
Pouvoir de la Cour d'appel de dernier ressort d'adjudger
les dépens relatifs aux procédures instituées devant les
tribunaux d'instance inférieure et devant le commis-
saire aux mines — Loi sur la Cour suprême, S.R.C.
1970, c. S-19, art. 49 — Acte de l'Amérique du Nord
Britannique, 1867, art. 92, 101 — The Mining Tax Act,
R.S.O. 1960, c. 242, art. 10(6).*

Les trois principales questions litigieuses dans le pourvoi relatives à certaines questions minières ont été tranchées par la Cour suprême du Canada à l'encontre de l'appellant, sans que l'avocat des intimées ait eu à intervenir. Il ne restait plus à trancher que le pourvoi incident relativement aux dépens des procédures instituées devant le commissaire aux mines.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence et de Grandpré étant dissidents): Le pourvoi incident doit être rejeté.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson et Beetz: Une province peut légiférer relativement à l'adjudication des dépens dans une cause civile en vertu du pouvoir que lui confère le par. 92(14) de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1867*, de même qu'en vertu de l'art. 101, le Parlement peut légiférer sur la question des dépens à la Cour suprême du Canada. Le paragraphe 10(6) de la *Mining Tax Act, R.S.O. 1960, c. 242*, interdit l'adjudication à l'encontre de la Couronne des dépens relatifs aux procédures instituées devant le

when the governing legislation denied him that right. The general discretion to award costs at s. 49 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19 is not properly applied in overriding the local statute.

Further, in view of the latent constitutional question *viz.* whether Parliament *has* legislative authority to empower the Supreme Court of Canada to award costs in proceedings in a provincial court notwithstanding provincial legislation precluding such provincial court from awarding such costs, and as the award of costs by s. 49 is discretionary the discretion should be exercised against an award of costs until the question is the subject of proper constitutional argument.

Per Laskin C.J. and Judson, Spence and de Grandpré JJ. *dissenting*: Section 10(6) is on its face, an *in terrorem* provision appearing to discourage appeals against a mining tax assessment. The excepting of *The Mining Tax Act*, and hence of s. 10(6), from the application of s. 17 of *The Crown Proceedings Act*, R.S.O. 1970, c. 365 need be carried no farther than its very terms which refer to the award of costs by the Mining Commissioner and do not touch the award of costs by a superior Court sitting in appeal from a decision of the Commissioner.

In any event the Supreme Court of Canada derives its power to award costs under s. 49 of its constituent Act regardless of the limitations that may have been placed on provincial courts by provincial legislation. Section 49 expressly authorizes the Supreme Court to award costs in the Courts below unless the Court decides as a matter of its discretion not to do so. The discretion should here be exercised in favour of the respondents.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ in the matter of an order of the Mining Commissioner settling assessments under *The Mining Tax Act*, R.S.O. 1960, c. 242. Appeal dismissed from the bench; cross-appeal dismissed, Laskin C.J. and Judson, Spence and de Grandpré JJ. *dissenting*.

¹ [1972] 2 O.R. 355.

commissaire aux mines. Il a le même effet devant la Cour d'appel, qui ne peut pas reprocher au commissaire aux mines de ne pas avoir adjugé les dépens, puisque la loi habilitante ne lui confère pas ce droit. Le pouvoir discrétionnaire général d'adjuger les dépens conféré par l'art. 49 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19, n'est pas appliqué d'une façon pertinente quand il prévaut sur la loi locale.

De plus, vu la question constitutionnelle latente à savoir le Parlement du Canada a-t-il le pouvoir législatif d'autoriser la Cour suprême du Canada à adjuger des dépens relatifs à des procédures instituées devant une cour provinciale, nonobstant une loi provinciale qui interdit à cette dernière de le faire, et vu que le pouvoir d'adjuger des dépens conféré par l'art. 49 est discrétionnaire, il convient d'exercer ce pouvoir en refusant d'adjuger des dépens jusqu'à ce que la question fasse l'objet d'un débat constitutionnel approprié.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence et de Grandpré, *dissidents*: Le paragraphe 10(6) est, à première vue, une disposition *in terrorem* visant à décourager les contribuables d'interjeter appel d'une cotisation à l'impôt minier. L'exclusion de la *Mining Tax Act*, et par conséquent du par. 10(6), de l'application de l'art. 17 de la *Crown Proceedings Act*, R.S.O. 1970, c. 365, doit être prise au pied de la lettre: elle vise l'adjudication des dépens par le commissaire aux mines et ne touche pas l'adjudication des dépens par une cour supérieure siégeant en appel d'une décision du commissaire.

De toute façon, les pouvoirs de la Cour suprême du Canada d'adjuger les dépens en vertu de l'art. 49 dérive de sa loi constitutive quelles que soient les restrictions imposées aux tribunaux provinciaux par la loi provinciale. L'article 49 autorise expressément la Cour suprême à adjuger les dépens dans les tribunaux d'instance inférieure, à moins que la Cour ne décide, à sa discrétion, de ne pas le faire. En l'espèce, la discrétion doit être exercée en faveur des intimés.

POURVOI et POURVOI INCIDENT interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ relativement à une ordonnance du commissaire aux mines à l'égard de cotisations d'impôt minier en vertu de *The Mining Tax Act*; R.S.O. 1960, c. 242. Pourvoi rejeté à l'audience; pourvoi incident rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence et de Grandpré étant dissidents.

¹ [1972] 2 O.R. 355.

T. H. Wickett, and D. E. Cavill, for the appellant.

R. E. Shibley, Q.C., and L. O'Brien, and G. J. Corn, for the respondents.

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

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—At the conclusion of the submissions on behalf of the appellant on the three points that it put in issue in the appeal, the Court stated that it did not need to hear the respondents because it had not been satisfied that the Ontario Court of Appeal, whose reasons for judgment were delivered by Kelly J.A., had come to a wrong conclusion on any of those three points. The appeal was, accordingly, dismissed with costs. The respondents had, however, brought a cross-appeal in which they claimed the costs of the lengthy proceedings before the Mining Commissioner, and submissions were made on this issue by counsel for the respondents as cross-appellants and counsel for the appellant as cross-respondent.

The issue as to those costs arose in this way. The mining tax assessment had come before the Mining Commissioner by way of appeal and he, having concluded that success was divided, ordered that there be no costs. The respondents herein succeeded substantially on further appeal to the Court of Appeal, and that Court awarded the costs of the appeal to them. Judgment had been reserved by the Court of Appeal at the conclusion of argument and nothing had been said with reference to the costs before the Mining Commissioner, it having been perhaps assumed that those costs would be considered by the Court of Appeal in the ordinary way. When its reasons appeared on February 16, 1972 and no reference was made to the costs before the Mining Commissioner, the Court of Appeal was asked to entertain further submissions as to those costs and it did so.

In the meantime, an appeal had been launched to this Court by the appellant Minister on March 20, 1972, and the respondents then filed a notice of cross-appeal on April 14, 1972 with respect to the costs of the proceedings before the Mining Com-

T. H. Wickett et D. E. Cavill, pour l'appellant.

R. E. Shibley, c.r. et L. O'Brien et G. J. Corn, pour les intimées.

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

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Après la plaidoirie de l'avocat de l'appellant sur les trois questions litigieuses posées dans le pourvoi, la Cour a déclaré qu'il ne lui était pas nécessaire d'entendre celui des intimées parce qu'elle n'était pas convaincue que la Cour d'appel de l'Ontario, dont l'arrêt a été rendu par le juge Kelly, avait donné une réponse erronée à ces trois questions. Le pourvoi a donc été rejeté avec dépens. Toutefois, les intimées avaient interjeté un pourvoi incident visant le recouvrement des dépens des longues procédures instituées devant le commissaire aux mines; à cet égard, la Cour a entendu l'avocat des intimées, en leur qualité d'appelantes dans le pourvoi incident, et l'avocat de l'appellant, en sa qualité d'intimé dans le pourvoi incident.

Voici l'origine du présent litige. Une cotisation à l'impôt minier avait fait l'objet d'un appel devant le commissaire aux mines qui, après avoir conclu au succès partagé des deux parties, n'a pas adjugé de dépens. Les présentes intimées ont alors interjeté appel de la décision du commissaire devant la Cour d'appel qui leur a donné gain de cause et leur a accordé les dépens de l'appel. A la fin des plaidoiries, la Cour d'appel prit l'affaire en délibéré sans qu'aucune mention des dépens des procédures devant le commissaire aux mines n'ait été faite, les parties ayant sans doute présumé que la Cour d'appel réglerait cette question de la façon habituelle. Dans ses motifs, en date du 16 février 1972, la Cour d'appel n'a pas précisé le sort réservé aux dépens des procédures devant le commissaire aux mines. On a alors demandé à la Cour d'appel d'entendre d'autres allégations concernant ces dépens, ce qu'elle a fait.

Entre-temps, le 20 mars 1972, le ministre appellant a interjeté un pourvoi devant cette Cour; les intimées ont ensuite déposé, le 14 avril 1972, un avis de pourvoi incident ayant trait aux dépens des procédures instituées devant le commissaire aux

missioner. In supplementary reasons on this issue, delivered on April 18, 1973, Kelly J.A., for the Court, indicated quite clearly that he favoured the claim of the respondents to those costs but, because the matter had already been carried to the Supreme Court, he felt that that Court should deal with it. He appeared to be of the opinion that the Court of Appeal was either *functus* or should defer to this Court.

I do not think that at this stage, and after so long a lapse of time before this appeal came on for hearing in this Court, we should be concerned with the niceties of whether the Court of Appeal was *functus*, and I propose to deal with the costs issue on the merits.

Two obstacles were put forward by the cross-respondent to bar the award to the cross-appellants of costs of the proceedings before the Mining Commissioner, costs which the Court of Appeal was disposed to award. The first obstacle was said to reside in s. 10(6) of the *Mining Tax Act*, R.S.O. 1960, c. 242 (which was in force at the material time), and it reads as follows:

In any such proceedings or investigation, or on an appeal, the Mining Commissioner or the Ontario Municipal Board may order the appellant, or the person causing the investigation by reason of false or incorrect statements or failure to keep books and accounts or to otherwise conform to this Act, to pay the costs of such appeal, proceeding or investigation, and may direct that they be taxed by a taxing officer of the Supreme Court and added to the tax for which such person is liable under this Act.

The second obstacle put forward took up an observation from the Bench as to whether the Crown could be made to suffer costs against it unless there was express provision to that effect. Indeed, counsel for the cross-respondent seemed prepared to push this point to preclude costs against the Minister, arising out of a mining tax assessment, in the Court of Appeal and in this Court as well as in the proceedings before the Mining Commissioner.

mines. Dans des motifs supplémentaires exposés le 18 avril 1973, le juge Kelly, au nom de la Cour d'appel, a clairement indiqué qu'il accorderait les dépens aux intimées mais que l'affaire étant déjà portée devant la Cour suprême, il préférerait lui laisser le soin de trancher la question. Il semble être d'avis que la Cour d'appel n'avait plus juridiction parce qu'elle s'était acquittée de sa tâche ou qu'elle devrait s'en remettre à la Cour suprême.

Je ne crois pas que nous devrions à ce stade, et après un aussi long délai, nous pencher sur la question de savoir si la Cour d'appel n'avait effectivement plus juridiction; c'est pourquoi j'entends examiner au fond la question litigieuse des dépens.

L'intimé dans le pourvoi incident a fait valoir deux arguments pour étayer son opposition à l'adjudication aux appelantes dans le pourvoi incident des dépens relatifs aux procédures instituées devant le commissaire aux mines, dépens que la Cour d'appel était prête à leur accorder. Son premier argument se fonde sur le par. 10(6) de la *Mining Tax Act*, R.S.O. 1960, c. 242 (en vigueur à l'époque en cause), dont voici le libellé:

[TRADUCTION] Dans toute procédure ou enquête, le commissaire aux mines ou la Commission municipale de l'Ontario peut ordonner à l'appelant ou à la personne qui a causé l'enquête par des déclarations fausses ou inexactes ou en omettant de tenir des livres et des comptes ou de se conformer à toute autre disposition de cette loi, de payer les dépens relatifs à pareil appel, ou pareille procédure ou enquête, et peut aussi ordonner que ces dépens soient adjugés par un taxateur de la Cour suprême et ajoutés à l'impôt que la personne en question est tenue de payer aux termes de cette loi.

Le deuxième argument se fait l'écho d'une remarque des juges qui siégeaient qui se sont demandés si la Couronne pouvait être tenue de payer des dépens en l'absence d'une disposition expresse à cet effet. L'avocat de l'intimé dans le pourvoi incident semblait prêt à pousser à fond l'argument qu'aucuns dépens ne pouvaient être adjugés à l'encontre du Ministre dans le cas d'un appel d'une cotisation à l'impôt minier, qu'ils soient afférents aux procédures en Cour d'appel ou en Cour suprême ou devant le commissaire aux mines.

The position taken on s. 10(6) of the *Mining Tax Act* by counsel for the Minister is more than an application of the maxim *inclusio unius est exclusio alterius*. It fastens as well on the fact that the scheme of the Act contemplates appeals to the Mining Commissioner only by the taxpayer, and also on the fact that statutory tribunals (the Mining Commissioner being of that class) have no power to award costs unless the power is expressly granted, and *a fortiori* where the Crown is a party. Thus, it is contended by the Minister that s. 10(6) must be given its plain operation as providing for costs against a taxpayer if he loses his appeal but not for costs to him against the Minister if his appeal succeeds. The Mining Commissioner, in deciding not to award any costs because success was divided, may have had in mind that only the Minister would have been entitled to claim costs had the taxpayer's appeal failed entirely, and not that costs might have been awarded against the Minister if the appeal had in the main succeeded. Counsel were unable to assist the Court on the question whether the Mining Commissioner's practice was to award costs against the Minister to a successful appellant taxpayer.

Section 10(6) is, on its face, an *in terrorem* provision, appearing to discourage appeals to the Mining Commissioner against a mining tax assessment. It hardly comports with the standards of fairness and equity associated today with the position of the Crown as a litigant. It has, however, been in the *Mining Tax Act* since that Act was first enacted in 1907 under the title *The Supplementary Revenue Act, 1907*, by 1907 (Ont.), c. 9, being then s. 13(6). A year earlier an extended *Mining Act* (now R.S.O. 1970, c. 274) had been passed by 1906 (Ont.), c. 11, and under it the position of Mining Commissioner had been created. I see no escape from the provisions of the now s. 10(6) but the central question in this cross-appeal is the determination of how far those provisions go.

La thèse adoptée par l'avocat du Ministre concernant le par. 10(6) de la *Mining Tax Act* est beaucoup plus qu'une application de la maxime *inclusio unius est exclusio alterius*. Elle se fonde également sur le fait que l'économie générale de la Loi n'envisage que des appels interjetés par des contribuables devant le commissaire aux mines et aussi sur le fait que les tribunaux statutaires (le commissaire étant de ceux-là) n'ont pas le pouvoir d'adjudger des dépens à moins qu'il leur soit expressément accordé, et à plus forte raison, lorsque la Couronne est partie au litige. Ainsi, le Ministre prétend que le par. 10(6) doit être appliqué à la lettre, c'est-à-dire que les dépens doivent être adjugés à l'encontre du contribuable s'il perd son appel mais qu'il ne peut recouvrer ses dépens du Ministre s'il a gain de cause. Lorsque le commissaire aux mines a décidé de n'adjudger aucuns dépens en raison du succès partagé des parties, il pensait peut-être que le Ministre aurait eu droit à ses dépens si l'appel du contribuable s'était soldé par un échec total, mais que les dépens n'auraient pu être adjugés à l'encontre du Ministre si le contribuable avait eu gain de cause. Les avocats n'ont pu nous dire si le commissaire aux mines avait l'habitude d'adjudger des dépens au contribuable appellant ayant eu gain de cause sur le Ministre.

Le paragraphe 10(6) est, à première vue, une disposition *in terrorem* visant à décourager les contribuables d'interjeter appel d'une cotisation à l'impôt minier devant le commissaire aux mines. Elle cadre mal avec les critères d'égalité et d'équité associés aujourd'hui au statut de la Couronne en tant que partie. Cette disposition figure toutefois dans la *Mining Tax Act* depuis sa première promulgation en 1907 sous le titre de *The Supplementary Revenue Act, 1907*, par 1907 (Ont.), c. 9; c'était alors le par. 13(6). Une année plus tôt, une version élargie de la *Mining Act* (aujourd'hui R.S.O. 1970, c. 274), qui créait le poste de commissaire aux mines, avait été promulguée par 1906 (Ont.), c. 11. Il n'y a aucune échappatoire aux prescriptions de l'actuel par. 10(6), mais il importe en l'espèce d'en déterminer les limites.

The Crown Proceedings Act, R.S.O. 1970, c. 365, s. 17 puts the Crown in the same position, as nearly as possible, as if it were an ordinary litigant, and empowers the Court to "make any order that it may make in proceedings between persons and [it] may otherwise give such appropriate relief as the case may require". Although "Court" as used in s. 17 is not separately defined under the Act, nor indeed under the *Interpretation Act*, R.S.O. 1970, c. 225 (which, however, defines Court of Appeal, Divisional Court and High Court separately in s. 30), I take it on that account that the word is used in an embracive sense to include appellate courts as well as courts of first instance. Standing alone, I would read s. 17 as authorizing costs against the Crown in the same way as costs are ordered against any ordinary litigant. However, s. 17 is qualified by the prefatory words "except as otherwise provided in this Act" and one of the exceptions found in s. 2 of the Act expressly excludes the application of the Act to the *Mining Tax Act* and to other enumerated Acts, among them other Acts under which the Crown is involved as a taxing authority. When the *Proceedings against the Crown Act* was first enacted by 1952 (Ont. 1st sess.), c. 78 the *Mining Tax Act* was not among the statutes declared by s. 2 not to be affected by the *Proceedings against the Crown Act*. It was however specified as an excluded Act when the *Proceedings against the Crown Act* was re-enacted by 1962-63 (Ont.), c. 109.

Whatever the reason for excepting the *Mining Tax Act*, whether it be to avoid construction problems that would otherwise arise or for some reason of policy, I take the exception to carry no farther than its very terms. Those terms (and for present purposes I am concerned only with s. 10(6)) refer to the award of costs by the Mining Commissioner. They do not touch the award of costs by a superior Court sitting in appeal from a decision of the Mining Commissioner. The question is, however, whether the Superior Court to which an appeal is taken may, if it is empowered to deal with costs and to award them against the Crown, include in its award costs of the proceedings before the

La Crown Proceedings Act, R.S.O. 1970, c. 365, art. 17, place la Couronne dans la même situation, dans la mesure du possible, qu'un plaideur ordinaire, et elle autorise la cour à [TRADUCTION] «rendre toute ordonnance qu'elle peut ordinairement rendre à l'occasion d'un litige et [elle] peut autrement accorder tout redressement qu'elle juge approprié». Puisque le terme «cour», employé à l'art. 17, n'est pas défini dans la Loi ni même dans l'*Interpretation Act*, R.S.O. 1970, c. 225 (qui toutefois définit séparément à l'art. 30 les expressions Cour d'appel, Cour de division et Haute Cour), j'en déduis que ce terme est employé dans un sens général et qu'il englobe les tribunaux d'appel comme les tribunaux de première instance. Pris séparément, l'art. 17 me paraît autoriser l'adjudication de dépens à l'encontre de la Couronne de la même façon qu'ils peuvent être adjugés à l'encontre de tout autre plaideur. Toutefois, la portée de l'art. 17 est atténuée par la phrase préliminaire [TRADUCTION] «sauf dispositions contraires de la présente loi». Une des exceptions mentionnées à l'art. 2 exclut expressément de l'empire de cette loi la *Mining Tax Act* ainsi que d'autres lois, dont celles qui confèrent au gouvernement un pouvoir d'imposition. Lorsque la *Proceedings against the Crown Act* a été promulguée pour la première fois par 1952 (Ont. 1^{re} sess.), c. 78, la *Mining Tax Act* ne faisait pas partie des lois que l'art. 2 soustrayait à son application. Toutefois, elle était du nombre lorsque la *Proceedings against the Crown Act* a été promulguée pour la deuxième fois par 1962-63 (Ont.), c. 109.

Que l'exclusion de la *Mining Tax Act* ait pour but d'éviter des problèmes d'interprétation ou que ce soit une question de principe, j'estime que cette exception doit être prise au pied de la lettre. Cette disposition (et pour toutes fins présentes, je ne me préoccupe que du par. 10(6)) vise uniquement l'adjudication de dépens par le commissaire aux mines. Elle ne parle pas de l'adjudication des dépens par une cour supérieure siégeant en appel d'une décision dudit commissaire. Toutefois, si la Cour supérieure saisie de l'appel a le pouvoir de régler les dépens et de les adjuger à l'encontre de la Couronne, peut-elle inclure dans son adjudication les dépens des procédures instituées devant le

Mining Commissioner which he himself could not have awarded against the Crown.

Section 10(8) of the *Mining Tax Act* which provides for appeals to the Court of Appeal from decisions of the Mining Commissioner where the amount of the tax involved exceeds \$1,000 stipulates that “the procedure upon and governing such appeals shall be, as far as may be, the same as upon an appeal to the Court of Appeal in an action”. Although this does not refer to costs, there is nothing in the Act that makes inapplicable the ordinary practice of the Court of Appeal in respect of costs. An appellate Court, such as the Ontario Court of Appeal, is empowered in litigation between persons to make orders as to costs of the proceedings at first instance as well as orders as to costs of the appeal before it. I see nothing in s. 10(6) of the *Mining Tax Act* or in s. 2 of the *Proceedings against the Crown Act* to preclude the Ontario Court of Appeal, in the light of the provisions of s. 17 of the *Proceedings against the Crown Act*, from ordering costs against the Minister in respect of proceedings before the Mining Commissioner where the order is made in the course of appeal proceedings regularly taken against a mining tax assessment. The limitation imposed by s. 10(6) upon the Mining Commissioner should not be taken to fetter a higher Court sitting in appeal from his decision. I do not read s. 10(6) as being preclusive against the exercise by a higher Court of its jurisdiction to award costs, albeit against the Crown, in respect of proceedings at first instance as well as on appeal to the higher Court.

There are, however, more compelling considerations which lead me to conclude that this Court can deal with the costs in the present case in respect of all the proceedings through which the case has come, ending in this Court. I begin with the judgment of the Judicial Committee in *Johnson v. The King*², where it said (at p. 824) that “over and over again before this tribunal the Crown has been treated in the matter of costs just

commissaire aux mines qui lui-même ne pouvait les adjuger à l’encontre de la Couronne?

Le paragraphe 10(8) de la *Mining Tax Act* qui permet d’interjeter appel devant la Cour d’appel des décisions du commissaire aux mines lorsque le montant de l’impôt en cause excède \$1,000 édicte que [TRADUCTION] «la procédure régissant ces appels doit être, dans la mesure du possible, la même que celle qui régit un appel à la Cour d’appel dans une action ordinaire». Bien qu’il ne soit pas question des dépens, rien dans la Loi n’empêche l’application de la pratique ordinairement suivie par la Cour d’appel à l’égard des dépens. Une cour d’appel, comme la Cour d’appel de l’Ontario, a le pouvoir à l’occasion d’un litige entre personnes de régler le sort des dépens relatifs aux procédures instituées en première instance de même que celui des dépens en appel. Je ne vois rien au par. 10(6) de la *Mining Tax Act* ni à l’art. 2 de la *Proceedings against the Crown Act* qui interdise à la Cour d’appel de l’Ontario, compte tenu des dispositions de l’art. 17 de la *Proceedings against the Crown Act*, d’adjuger contre le Ministre les dépens relatifs aux procédures instituées devant le commissaire aux mines si cette adjudication est faite au cours d’un appel régulièrement interjeté à l’encontre d’une cotisation à l’impôt minier. La restriction que le par. 10(6) impose au commissaire aux mines ne lie pas une cour supérieure siégeant en appel de la décision du commissaire. Selon moi, le par. 10(6) n’a pas pour effet d’amputer une cour supérieure de son pouvoir d’adjuger, même à l’encontre de la Couronne, les dépens relatifs aux procédures instituées en première instance ainsi qu’en appel devant cette cour supérieure.

Il y a toutefois des considérations plus impératives qui m’incitent à conclure que cette cour peut, en l’espèce, décider du sort des dépens relatifs à toutes les procédures instituées depuis le début du litige. Je commence par l’arrêt du Comité judiciaire dans *Johnson v. The King*², où il a dit (à la p. 824) que [TRADUCTION] «à maintes reprises devant ce tribunal, la Couronne a été considérée au regard de l’adjudication des dépens comme un

² [1904] A.C. 817.

² [1904] A.C. 817.

like a private litigant". The point had apparently not been previously argued, and the Privy Council announced that in the future it would be governed by the common law rule, adhered to by the House of Lords, 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" (at p. 825).

Since this ruling was made, and even before it, Courts in Canada have, in cases deemed by them exceptional or in pursuance of a liberal construction of statutes respecting costs in matters where the Crown was a party, awarded costs against the Crown. I refer to two cases, one antedating the judgment in *Johnson v. The King* and the other coming much later. The cases are *Attorney-General of Ontario v. Toronto General Trusts Corp.*³, a judgment of Chancellor Boyd, and *R. v. Guidry*⁴, a judgment of the Appeal Division of the New Brunswick Supreme Court where a number of authorities are collected. There, Bridges C.J.N.B. said that justice required that costs be awarded against the Crown and Ritchie J.A. invoked the support of "exceptional circumstances".

The attitude taken towards costs against the Crown, manifested in the two cited cases, is reinforced by the progression of legislation across the country putting the Crown in the position of an ordinary litigant; and this, in my view, is a factor to be considered in construing s. 10(6) of the *Mining Tax Act* in the narrow way that I would view it. There are, however, cases which take a stricter view of costs where the Crown is a party unless there is statutory authority to award them, and *Rex and Attorney-General of Saskatchewan v. Meilicke (No. 2)*⁵, is illustrative. Whatever their

plaideur ordinaire». Apparemment, cette question n'avait jamais été soulevée auparavant et le Conseil privé a déclaré qu'à l'avenir, elle serait régie par la règle de *common law*, adoptée par la Chambre des lords, voulant que [TRADUCTION] «des 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» (à la p. 825).

Depuis cette décision et même avant, les tribunaux canadiens ont adjugé des dépens à l'encontre de la Couronne dans des cas qu'ils jugeaient exceptionnels ou par suite d'une interprétation libérale des lois portant sur l'adjudication des dépens dans des litiges auxquels la Couronne était partie. Je me reporte à deux décisions, l'une antérieure à l'arrêt *Johnson v. The King* et l'autre venant beaucoup plus tard. Il s'agit de *Attorney-General of Ontario v. Toronto General Trusts Corp.*³, un arrêt du chancelier Boyd et *R. v. Guidry*⁴, un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick qui a fait une analyse de la jurisprudence pertinente. Dans cet arrêt, le juge en chef du Nouveau-Brunswick Bridges déclare qu'en toute justice, les dépens doivent être adjugés à l'encontre de la Couronne et le juge Ritchie fonde son opinion sur le concept des «circonstances exceptionnelles».

La position adoptée à l'égard de l'adjudication de dépens à l'encontre de la Couronne, comme l'illustrent les deux décisions précédentes, est renforcée par l'adoption dans tout le pays de lois visant à placer le gouvernement sur le même pied qu'un plaideur ordinaire; il faut, à mon avis, en tenir compte pour interpréter le par. 10(6) de la *Mining Tax Act* de la façon étroite que je préconise. Toutefois, on trouve des décisions plus strictes concernant l'adjudication de dépens contre la Couronne lorsque celle-ci est partie à un litige et qu'aucune disposition statutaire n'autorise une telle adjudication. L'arrêt *Rex and Attorney-General of Saskatchewan v. Meilicke (N° 2)*⁵, en est

³ (1903), 5 O.L.R. 607.

⁴ (1965), 47 C.R. 375.

⁵ [1938] 2 W.W.R. 97.

³ (1903), 5 O.L.R. 607.

⁴ (1965), 47 C.R. 375.

⁵ [1938] 2 W.W.R. 97.

force at the provincial appellate level, they are not germane to the position in this Court.

The matter, in my view, takes on a different complexion in this Court. Section 49 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19 is as follows:

49. The Court may, in its discretion, order the payment of the costs of the court appealed from and of the court of original jurisdiction, and also of the appeal, or any part thereof, as well when the judgment appealed from is varied or reversed as when it is affirmed.

I draw particular attention to the words "and of the court of original jurisdiction" which were introduced into the Act in the 1927 revision of the *Statutes of Canada*: see R.S.C. 1927, c. 35, s. 48; otherwise the provision as to costs has remained constant since the establishment of the Supreme Court by 1875 (Can.), c. 11: see s. 38 of the Act. In *Lovitt v. Attorney-General of Nova Scotia*⁶, at p. 368, this Court considered a motion to vary the judgment in the case as settled by the Registrar by striking out an award of costs to the Crown in right of Nova Scotia. In dismissing the motion, Chief Justice Taschereau said this:

The Court is of opinion that the motion must be refused with costs.

Section 62 of the Supreme and Exchequer Courts Act provides as follows:

The Supreme Court may, in its discretion, order the payment of the costs of the court appealed from, and also of the appeal, or any part thereof, as well when the judgment appealed from is varied or reversed as where it is affirmed.

For twenty-five years this section, as all the other sections of the Act, has been construed as applicable to the Crown. It was so interpreted, for instance, in the cases of *Attorney General v. Flint* [16 S.C.R. 707] and *The Queen v. The Bank of Nova Scotia* [11 S.C.R. 1]; and in *The Maritime Bank v. The Queen* [17 S.C.R. 657], and *The Liquidators of the Maritime Bank v. Receiver General of New Brunswick* [20 S.C.R. 695] no costs were given in this court because the court was of

⁶ (1903), 33 S.C.R. 350.

un bon exemple. Quel que soit le poids de ces décisions au niveau des tribunaux d'appel provinciaux, elles n'ont aucune incidence sur la situation telle qu'elle se présente en cette Cour.

A mon avis, le point litigieux se présente ici sous un aspect différent. L'article 49 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19, est ainsi libellé:

49. La Cour peut, à sa discrétion, ordonner le paiement des frais de la Cour dont appel est interjeté et de la cour de première instance, ainsi que des frais de l'appel, ou de quelque partie de ces frais, que le jugement dont appel est interjeté soit modifié, infirmé ou confirmé.

Je tiens à attirer particulièrement l'attention sur les termes «et de la cour de première instance» qui ont été ajoutés à la Loi à l'occasion de la révision de 1927 des *Statuts du Canada*: voir S.R.C. 1927, c. 35, art. 48; autrement, la disposition traitant de l'adjudication des dépens n'a pas changée depuis la création de la Cour suprême par 1875 (Can.), c. 11: voir l'art. 38 de la Loi. Dans *Lovitt c. Le procureur général de la Nouvelle-Écosse*⁶, à la p. 368, cette Cour a examiné une requête en modification de la décision rendue dans cette affaire par le Registrare; elle demandait l'annulation d'une adjudication de dépens à l'encontre de la Couronne du chef de la province de la Nouvelle-Écosse. Le juge en chef Taschereau a rejeté cette requête dans les termes suivants:

[TRADUCTION] La Cour est d'avis que la requête doit être rejetée avec dépens.

L'article 62 de l'Acte des cours Suprême et de l'Échiquier édicte que:

La Cour suprême pourra, à sa discrétion, décerner tout ordre relatif au paiement des frais dans la cour dont est appel, ainsi que des frais de l'appel ou de quelque partie de ces frais, que le jugement dont est appel soit modifié, infirmé ou confirmé.

Pendant vingt-cinq ans, cet article ainsi que toutes les autres dispositions de la Loi ont été jugés applicables à l'égard de la Couronne. Par exemple, ce fut le cas dans *Le Procureur général c. Flint* [16 R.C.S. 707] et *La Reine c. La Banque de la Nouvelle-Écosse* [11 R.C.S. 1], et dans *La Banque maritime c. La Reine* [17 R.C.S. 657], et *Les liquidateurs de la Banque maritime c. Le Receveur général du Nouveau-Brunswick* [20 R.C.S. 695] où cette Cour n'avait adjugé aucuns dépens en

⁶ (1903), 33 R.C.S. 350.

opinion that they were not proper cases for so doing, but upon appeal to the Privy Council costs were given to the Crown against the appellants upon the dismissal of their appeals: [8 T.L.R. 677].

The jurisdiction of this Court in the matter, until overruled by the Privy Council, will be followed in cases in which the Crown is concerned as well as in all other cases.

A reporter's note to the foregoing reasons, at p. 369, lists eight other cases in which costs were awarded where the Crown was a party.

Although the *Lovitt* case was decided before the Privy Council's judgment in *Johnson v. The King* there is no incompatibility between them in view of the construction and application by the Supreme Court of the provisions of its constituent Act respecting the award of costs. This Court has followed its practice of treating the Crown as an ordinary litigant in respect of costs in later cases: see, for example, *Attorney-General of Canada v. Western Higbie and Albion Investments Ltd.*⁷

The inclusion in s. 49 of the words "and of the Court of original jurisdiction" does not detract from the practice consistently followed by this Court, but simply amplifies it to embrace costs in all Courts in which proceedings have been taken which have ended up in the Supreme Court. I am satisfied that, having regard to the powers of the Mining Commissioner under Part VIII of the *Ontario Mining Act* and the provisions therein for appeals from the Mining Commissioner to the Ontario Court of Appeal, the Mining Commissioner is a "court of original jurisdiction" for the purposes of s. 49 of the *Supreme Court Act*.

In my view, apart from the question whether s. 10(6) of the *Mining Tax Act* is exhausted, as I think it is, once the tax proceedings go beyond the Mining Commissioner, and apart from the effect of s. 17 of the *Proceedings against the Crown Act*, so far as concerns the power of the Ontario Court of Appeal to award costs against the Crown, this Court's powers under s. 49 of its constituent Act govern on a question of costs where the Crown is a

raison de la nature de ces affaires, mais où le Conseil privé en a décidé autrement et a autorisé la Couronne à recouvrer ses dépens à l'encontre des appelants, lorsqu'il a prononcé le rejet de leur pourvoi: [8 T.L.R. 677].

Les pouvoirs de cette Cour en la matière seront exercés dans les causes auxquelles la Couronne est partie ainsi que dans toutes les autres causes et ce, jusqu'à ce que le Conseil privé en décide autrement.

Les motifs précités sont suivis d'une note de l'arrê-tiste, à la p. 369, qui énumère huit autres causes où il y a eu adjudication de dépens alors que la Couronne était partie.

Bien que l'arrêt *Lovitt* précède l'arrêt du Conseil privé dans *Johnson v. The King*, ces décisions ne sont pas incompatibles, compte tenu de l'interprétation et de l'application par la Cour suprême des dispositions de sa loi organique en matière d'adjudication des dépens. Cette Cour a respecté par la suite la règle qu'elle avait adoptée et a considéré la Couronne, au regard de l'adjudication des dépens, comme un plaideur ordinaire: voir, par exemple, *Le procureur général du Canada c. Western Higbie and Albion Investments Ltd.*⁷

L'insertion à l'art. 49 des termes «et de la cour de première instance» n'écarte pas la pratique uniformément suivie par cette Cour, mais a simplement pour effet de l'étendre aux dépens encourus dans tous les tribunaux où l'affaire est passée avant d'aboutir en Cour suprême. En raison des pouvoirs que la Partie VIII de l'*Ontario Mining Act* confère au commissaire aux mines et des dispositions relatives aux appels des décisions de ce dernier devant la Cour d'appel de l'Ontario, je suis convaincu qu'aux fins de l'art. 49 de la *Loi sur la Cour suprême*, le commissaire aux mines est une «cour de première instance».

Indépendamment de la question de savoir si le par. 10(6) de la *Mining Tax Act* n'a plus d'effet (c'est à mon avis le cas) dès que les procédures passent du commissaire aux mines à la juridiction supérieure et indépendamment de l'effet de l'art. 17 de la *Proceedings against the Crown Act* en ce qui concerne le pouvoir de la Cour d'appel de l'Ontario d'adjuger des dépens à l'encontre de la Couronne, j'estime que c'est l'art. 49 de la *Loi sur*

⁷ [1945] S.C.R. 385.

⁷ [1945] R.C.S. 385.

party once the matter comes here: *cf. Crown Grain Co. Ltd. v. Day*⁸.

In exercising its statutory authority to award costs in respect of proceedings in a "Court of original jurisdiction", this Court is exercising an independent authority expressly conferred upon it. The situation would be no different if it were acting under its powers respecting a stay of execution where provincial legislation or provincial Rules of Court provided there be no stay. So far as costs are concerned, the powers given to this Court are express in respect of Courts of original jurisdiction as well as of Courts appealed from, and no question arises either of construction by this Court of its own powers or of any diminution of the statutory authority of the Provinces. Once a case comes to this Court, it is this Court's powers that govern its disposition, regardless of the limitations that may have been placed upon provincial Courts by provincial legislation.

Whether such legislation can limit this Court in the exercise of powers conferred upon it under its constituent statute is not a question that arises here. Indeed, for the purposes of the present case it must be taken (since no constitutional question was raised by the parties) that both the provincial provision, s. 10(6) of the *Mining Tax Act*, and s. 49 of the *Supreme Court Act* were validly enacted, and it remains only to give effect to them according to their respective terms. Section 10(6) of the *Mining Tax Act* does not purport to govern the disposition of costs in this Court; s. 49, however, is express in authorizing this Court to award costs in the Courts below as well as in this Court, and I see no escape from exercising this authority unless, as s. 49 indicates, this Court decides as a matter of its discretion not to do so. The present case, in my opinion, is one in which the discretion should be exercised in favour of the respondents cross-appellants.

⁸ [1908] A.C. 504.

la Cour suprême qui régit les pouvoirs de la Cour quant aux dépens d'un litige porté devant elle auquel la Couronne est partie: voir *Crown Grain Co. Ltd. v. Day*⁸.

En exerçant son pouvoir statutaire d'adjuger les dépens relatifs aux procédures instituées devant une «cour de première instance», cette Cour exerce en fait un pouvoir indépendant qui lui a été expressément conféré. La situation serait identique si elle avait agi en vertu des pouvoirs lui permettant d'accorder un sursis à l'exécution alors que la loi ou les règles de procédure provinciales ne prévoient pas pareille procédure. En ce qui concerne les dépens, cette Cour a des pouvoirs exprès à l'égard des cours de première instance et des cours d'appel, et il n'est alors aucunement question de l'interprétation par cette Cour de ses propres pouvoirs ni d'une diminution du pouvoir statutaire des provinces. Lorsqu'un litige est porté devant elle, le sort de ce litige dépend de ses pouvoirs, quelles que soient les restrictions imposées aux tribunaux provinciaux par la loi provinciale.

On ne soulève pas en l'espèce la question de savoir si une loi provinciale peut restreindre l'exercice par cette Cour des pouvoirs que lui confère sa loi organique. En effet, nous devons prendre pour acquis, aux fins du présent litige (puisque les parties n'ont pas soulevé de question constitutionnelle), que les deux dispositions législatives, c'est-à-dire le par. 10(6) de la *Mining Tax Act* et l'art. 49 de la *Loi sur la Cour suprême* ont été valablement adoptées; il ne reste plus qu'à les appliquer selon leur teneur. Le par. 10(6) de la *Mining Tax Act* ne vise pas à régir l'adjudication des dépens en cette Cour; toutefois, l'art. 49 autorise expressément cette Cour à adjuger les dépens dans les tribunaux d'instance inférieure ainsi que devant elle, et je ne vois pas comment nous pourrions nous soustraire à l'exercice de ce pouvoir à moins que, comme l'indique l'art. 49, cette Cour décide, à sa discrétion, de n'adjuger aucuns dépens. A mon avis, le présent litige en est un où cette discrétion doit être exercée en faveur des intimées-appellantes dans le pourvoi incident.

⁸ [1908] A.C. 504.

In the result I would allow the cross-appeal with costs and direct that the respondents as cross-appellants should have their costs of the proceedings before the Mining Commissioner and as well costs in respect of that issue in the supplementary proceedings before the Ontario Court of Appeal.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson and Beetz JJ. was delivered by

DICKSON J.—The three substantive issues raised in this appeal related to (i) the right of the taxpayer to consolidate, for the purposes of the *Mining Tax Act* of Ontario R.S.O. 1960, c. 242 three separate mining locations; (ii) the right to claim certain depreciation; (iii) the deductibility of substantial pre-production expenses. These issues were resolved in this Court against the appellant, the Minister of Mines and Northern Affairs for the Province of Ontario, without calling upon counsel for the respondents. There remains for consideration only the question of costs, more particularly the claim advanced by way of cross-appeal by respondents for costs of the proceedings before the Mining Commissioner.

The cross-appeal turns upon three statutory provisions, namely, s. 47 and s. 49 of the *Supreme Court Act* R.S.C. 1970, c. S-19, and s. 10(6) of the *Mining Tax Act*. Sections 47 and 49 of the *Supreme Court Act* read:

47. The Court may dismiss an appeal or give the judgment and award the process or other proceedings that the court, whose decision is appealed against, should have given or awarded. R.S., c. 259. s. 46.

49. The Court may, in its discretion, order the payment of the costs of the court appealed from and of the court of original jurisdiction, and also of the appeal, or any part thereof, as well when the judgment appealed from is varied or reversed as when it is affirmed. R.S., c. 259. s. 48.

Section s. 10(6) of the *Mining Tax Act* reads:

In any such proceedings or investigation, or on an appeal, the Mining Commissioner or the Ontario Municipal Board may order the appellant, or the person

Finally, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident avec dépens et d'ordonner le recouvrement par les intimées, en tant qu'appelantes dans ledit pourvoi, de leurs dépens dans les procédures instituées devant le commissaire aux mines ainsi que des dépens des procédures additionnelles instituées à l'égard de ce litige devant la Cour d'appel de l'Ontario.

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

LE JUGE DICKSON—Les trois principales questions litigieuses en l'espèce ont trait (i) au droit pour un contribuable de grouper, aux fins de la *Mining Tax Act* de l'Ontario, R.S.O. 1960, c. 242, trois sites miniers distincts; (ii) au droit de réclamer certains amortissements; (iii) au droit de déduire des dépenses importantes engagées antérieurement à l'exploitation. Ces questions litigieuses ont été tranchées par cette Cour à l'encontre de l'appelant, le ministre des Mines et des Affaires du Nord de la province de l'Ontario, sans que l'avocat des intimées ait eu à intervenir. Il ne reste plus à trancher que la question des dépens, plus particulièrement la réclamation contenue dans le pourvoi incident interjeté par les intimées relativement aux dépens des procédures instituées devant le commissaire aux mines.

Le pourvoi incident met en jeu trois dispositions législatives, à savoir, les art. 47 et 49 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19, et le par. 10(6) de la *Mining Tax Act*. Voici le libellé des art. 47 et 49 de la *Loi sur la Cour suprême*:

47. La Cour peut rejeter un appel, ou elle peut prononcer le jugement et décerner les ordonnances ou autres procédures que la cour dont le jugement est porté en appel aurait dû prononcer ou décerner. S.R., c. 259, art. 46.

49. La Cour peut, à sa discrétion, ordonner le paiement des frais de la cour dont appel est interjeté et de la cour de première instance, ainsi que des frais de l'appel, ou de quelque partie de ces frais, que le jugement dont appel est interjeté soit modifié, infirmé ou confirmé. S.R., c. 259, art. 48.

et du par. 10(6) de la *Mining Tax Act*:

[TRADUCTION] Dans toute procédure ou enquête, le commissaire aux mines ou la Commission municipale de l'Ontario peut ordonner à l'appelant ou à la personne qui

causing the investigation by reason of false or incorrect statements or failure to keep books and accounts or to otherwise conform to this *Act*, to pay the costs of such appeal, proceeding or investigation, and may direct that they be taxed by a taxing officer of the Supreme Court and added to the tax for which such person is liable under this *Act*.

Clearly, a province can legislate with regard to the award of costs in civil proceedings under authority conferred by s. 92(14) of the *British North America Act, 1867*, and as well, possibly, by certain enumerated heads of s. 92 (in the context of an administrative scheme). The provisions of the *Mining Tax Act* are a legitimate exercise of such provincial power. Similarly, Parliament can legislate with regard to costs in the Supreme Court of Canada under authority conferred by s. 101 of the *British North America Act, 1867*.

In enacting s. 10(6) of the *Mining Tax Act*, the Legislature of Ontario manifested the expression of legislative intent in the matter of costs on appeals under the *Mining Tax Act*. By empowering the Mining Commissioner to order costs against the appellant, the Legislature by necessary implication denied the Mining Commissioner the right to award costs against the other party to the proceedings, namely, the Minister of Mines and Northern Affairs. This comports with the object and scheme of the Act, which is to raise revenue for provincial purposes through the taxation of mines, and harmonizes with common statutory policy of limiting or denying costs in the first level of appeal from a tax assessment. The exclusion of the *Mining Tax Act* from the *Proceedings Against the Crown Act 1962-63 (Ont)*, c. 109 reflected anew this legislative policy.

I am satisfied that the Mining Commissioner could not properly have awarded the costs of the proceedings against the Crown. I am equally of the view that s. 10(6) has the effect of withholding from the Ontario Court of Appeal the right to award costs against the Crown in respect of proceedings before the Mining Commissioner. An

a causé l'enquête par des déclarations fausses ou inexactes ou en omettant de tenir des livres et des comptes ou de se conformer à toute autre disposition de cette loi, de payer les dépens relatifs à pareil appel, ou pareille procédure ou enquête, et peut aussi ordonner que ces dépens soient adjugés par un taxateur de la Cour suprême et ajoutés à l'impôt que la personne en question est tenue de payer aux termes de cette loi.

De toute évidence, une province peut légiférer relativement à l'adjudication des dépens dans une cause civile en vertu du pouvoir que lui confère le par. 92(14) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, et peut-être certaines catégories de sujets énumérées à l'art. 92 (dans le cadre d'un programme administratif). Les dispositions de la *Mining Tax Act* sont une illustration de l'exercice légitime de ce pouvoir provincial. De même, le Parlement peut légiférer sur la question des dépens à la Cour suprême du Canada, en vertu du pouvoir que lui confère l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*.

En adoptant le par. 10(6) de la *Mining Tax Act*, la Législature de l'Ontario a traduit dans les faits son intention de légiférer relativement aux dépens des appels interjetés aux termes de la *Mining Tax Act*. En autorisant le commissaire aux mines à adjuger les dépens à l'encontre de l'appellant, la Législature lui a implicitement interdit d'adjuger les dépens à l'encontre de l'autre partie aux procédures, à savoir, le ministre des Mines et des Affaires du Nord. Cela est conforme au but et à l'économie de la *Loi* qui vise la perception de revenus à des fins provinciales, en l'occurrence un impôt minier; cela s'accorde aussi avec l'intention législative générale de limiter ou de refuser les dépens encourus au premier niveau d'appel d'une cotisation à l'impôt. En faisant de la *Mining Tax Act* une exception à la *Proceedings Against the Crown Act, 1962-63 (Ont)*, c. 109, on a réaffirmé cette intention législative.

Je suis convaincu que le commissaire aux mines ne pouvait, à bon droit, adjuger les dépens des procédures contre la Couronne. Je suis également d'avis que le par. 10(6) a pour effet de retirer à la Cour d'appel de l'Ontario le droit d'adjuger à l'encontre de la Couronne les dépens relatifs aux procédures instituées devant le commissaire aux

appellate court is a review court, the primary task of which is to correct error. The Court of Appeal could not hold the Mining Commissioner in error in failing to award costs against the Crown when the governing legislation denied him that right.

I do not consider that this Court should award costs against the Crown in respect of the proceedings before the Mining Commissioner. The matter of costs before the Mining Commissioner should be governed by the local statute, the *Mining Tax Act*, and in particular s. 10(6) thereof. The award by this Court of costs which, by local statute, the court of original jurisdiction was precluded from awarding, does not appear to me to be a proper application of s. 49 of the *Supreme Court Act*. The general discretion conferred by s. 49 of the *Supreme Court Act* should not be exercised to defeat the legislative purpose of s. 10(6) of the *Mining Tax Act*.

This Court is being asked to award costs against the Crown in proceedings before the Mining Commissioner when the Legislature of the Province of Ontario, as I construe the *Mining Tax Act*, has declared in effect that costs are not to be awarded against the Crown in proceedings before the Mining Commissioner. A provincial legislature has the authority to regulate the award of costs in its own courts and tribunals under s. 92(14) of the *British North America Act*. While Parliament can legislate with regard to the award of costs in the Supreme Court of Canada, and has done so in s. 49 of the *Supreme Court Act*, I do not think that Parliament should be taken to have intended to override the exercise of provincial legislative authority by the general words contained in s. 49. This is not a case like *Crown Grain Co. Ltd. v. Day*⁹, where a provincial legislature tried to inhibit appeals to this Court. Here, the Legislature competently exercised its legislative authority, and I find no resulting inconsistency with s. 49 of the *Supreme Court Act*.

mines. Une cour d'appel est un tribunal de révision dont la tâche première est de remédier à des erreurs. La Cour d'appel ne peut pas reprocher au commissaire aux mines de ne pas avoir adjugé les dépens à l'encontre de la Couronne, puisque la loi habilitante ne lui confère pas ce droit.

J'estime que cette Cour ne doit pas adjuger à l'encontre de la Couronne les dépens relatifs aux procédures instituées devant le commissaire aux mines. Toute cette question devrait être régie par les dispositions de la loi provinciale applicable, la *Mining Tax Act*, et plus particulièrement son par. 10(6). L'adjudication par cette Cour de dépens que la cour de première instance ne peut adjuger, aux termes de la loi provinciale, ne me paraît pas être une sage application de l'art. 49 de la *Loi sur la Cour suprême*. Le pouvoir discrétionnaire général accordé par l'art. 49 ne doit pas être exercé de façon à annuler l'effet du par. 10(6) de la *Mining Tax Act*.

On demande à cette Cour d'adjuger à l'encontre de la Couronne les dépens relatifs aux procédures instituées devant le commissaire aux mines alors que, selon mon interprétation de la *Mining Tax Act*, la Législature de la province de l'Ontario interdit pareille adjudication. Le paragraphe 92(14) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* confère à toute législature provinciale le pouvoir de régler l'adjudication des dépens dans ses propres cours et tribunaux. Le Parlement peut légiférer relativement à l'adjudication des dépens en Cour suprême du Canada, comme en témoigne l'art. 49 de la *Loi sur la Cour suprême*, mais je ne pense pas qu'on puisse en déduire que le Parlement a voulu que cette disposition législative, par ses termes généraux, prévale sur l'exercice du pouvoir législatif provincial. La présente cause ne s'apparente pas à l'affaire *Crown Grain Co. Ltd. v. Day*⁹, où une législature provinciale avait tenté d'interdire la formation de pourvois devant cette Cour. En l'espèce, la Législature a exercé régulièrement son pouvoir législatif et le résultat ne me paraît pas incompatible avec l'art. 49 de la *Loi sur la Cour suprême*.

⁹ [1908] A.C. 504.

⁹ [1908] A.C. 504.

There is an important constitutional question latent in this discussion, namely, whether the Parliament of Canada has legislative authority to empower this Court to award costs in proceedings in a provincial court notwithstanding provincial legislation precluding such provincial court from awarding costs in such proceedings. An award of costs would bring the constitutional question squarely before the Court, and answer it affirmatively. The question was not raised by counsel in argument, due perhaps in part to the fact that costs before the Mining Commissioner were of minor importance in the overall appeal and in part to the fact that notice of the constitutional question had not been given to the provincial Attorneys General pursuant to Rule 18 (now 17) of the Rules of this Court. The award of costs by s. 49 of the *Supreme Court Act* is discretionary. It seems to me that the discretion should be exercised against an award of costs until such time as the question can be made the subject of proper constitutional argument with provincial participation pursuant to Rule 18 (now 17) of this Court.

I would dismiss the cross-appeal of the respondents, with costs in this Court and in the supplementary proceedings before the Ontario Court of Appeal.

Appeal dismissed from the bench; cross-appeal dismissed, LASKIN C.J. and JUDSON, SPENCE and DE GRANDPRÉ JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: J. D. Hilton, Toronto.

Solicitors for the respondents: Shibley, Righton & McCutcheon, Toronto.

Le présent débat dissimule une importante question constitutionnelle, à savoir le Parlement du Canada a-t-il le pouvoir législatif d'autoriser cette Cour à adjuger des dépens relatifs à des procédures instituées devant une cour provinciale, nonobstant une loi provinciale qui interdit à cette dernière de le faire? Une adjudication de dépens reviendrait à poser carrément la question constitutionnelle à la Cour et à y répondre par l'affirmative. Cette question n'a pas été soulevée par l'avocat au cours de sa plaidoirie, sans doute parce que d'une part, le montant total des dépens des procédures devant le commissaire aux mines était minime et parce que d'autre part, on n'avait pas signifié aux procureurs généraux des provinces d'avis énonçant la question constitutionnelle, conformément à la Règle 18 (maintenant 17) de cette Cour. Le pouvoir d'adjuger des dépens, conféré par l'art. 49 de la *Loi sur la Cour suprême*, est discrétionnaire. Je suis d'avis qu'il convient d'exercer ce pouvoir en refusant d'adjuger des dépens jusqu'à ce que la question fasse l'objet d'un débat constitutionnel auquel les provinces participeraient, conformément aux dispositions de la Règle 18 (maintenant 17) de cette Cour.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident des intimées, avec dépens en cette Cour et ceux des procédures additionnelles devant la Cour d'appel de l'Ontario.

Pourvoi rejeté à l'audience; pourvoi incident rejeté, le juge en chef LASKIN et les juges JUDSON, SPENCE et DE GRANDPRÉ étaient dissidents.

Procureur de l'appelant: J. D. Hilton, Toronto.

Procureurs des intimées: Shibley, Righton & McCutcheon, Toronto.

Denise Parenteau *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1977: January 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Charge to the jury — Comment by judge on admissions made during counsels' addresses — No error in directions.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec¹, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench, Crown side, declaring appellant guilty of non-capital murder. Appeal dismissed.

Bernard Lamarche, for the appellant.

Pierre Verdon, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—It will not be necessary to hear you, Mr. Verdon.

We are all of the opinion that in the particular circumstances of this case, the trial judge committed no error in his directions to the jury.

The appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Lamarche & Denis, Montreal.

Solicitor for the respondent: Pierre Verdon, Montreal.

¹ [1975] C.A. 56.

Denise Parenteau *Appelante*;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*.

1977: le 31 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Directives au jury — Mention par le juge d'admissions faites lors des plaidoiries — Pas d'erreur dans les directives.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ qui a confirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine, juridiction criminelle, déclarant l'appelante coupable de meurtre non qualifié. Pourvoi rejeté.

Bernard Lamarche, pour l'appelante.

Pierre Verdon, pour l'intimée.

Le jugement a été rendu oralement au nom de la Cour par

LE JUGE MARTLAND—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Verdon.

Nous sommes tous d'avis que dans les circonstances spéciales de cette affaire, le juge du procès n'a pas fait erreur dans ses directives au jury.

Le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Lamarche & Denis, Montréal.

Procureur de l'intimée: Pierre Verdon, Montréal.

¹ [1975] C.A. 56.

J. A. Madill, in his quality as Attorney in Canada for The Non-Marine Underwriters, Members of Lloyd's, London, England
Appellant;

and

Kuo Chu *Respondent.*

1976: March 25; 1976: November 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Motor vehicle insurance — Accident — Disability benefit — Exclusionary clause — Construction — Inapplicability of contra proferentem rule — Exclusion of a person "entitled to receive benefits under workmen's compensation rule" — Whether applicable to plan insured who has not claimed workmen's compensation.

Respondent was insured under a motor vehicle policy whereby the insurer agreed to pay a weekly disability benefit to any occupant of the insured vehicle who as a result of an accident was disabled and prevented from performing his normal occupation or employment. The policy however contained an exclusion in respect of a person "who is entitled to receive the benefits of any workmen's compensation law or plan".

Respondent was injured while driving the vehicle in the course of his employment as a taxi driver but made no claim under *The Workmen's Compensation Act*, R.S.O. 1970, c. 505. The trial judge was of opinion that the exclusionary clause did not bar recovery by the plaintiff and this view was accepted by the Court of Appeal.

Held (Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per curiam: As the words in the insurance policy are the exact words which appear in *The Insurance Act*, R.S.O. 1970, c. 224, and the Act directs their inclusion in the standard automobile policy the principle of *contra proferentem* does not apply to their interpretation.

Linsley v. Co-operators Insurance Association of Guelph, [1975] I.L.R. 1206 referred to.

J. A. Madill, en qualité de procureur au Canada de The Non-Marine Underwriters, Membres de Lloyd's, Londres, Angleterre
Appelant;

et

Kuo Chu *Intimé.*

1976: le 25 mars; 1976: le 16 novembre.

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

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

Assurance — Assurance automobile — Accident — Prestations d'invalidité — Clause restrictive — Interprétation — Règle contra proferentem inapplicable — Exclusion d'une personne «en droit de recevoir des prestations en vertu de la législation sur les accidents de travail» — Est-elle applicable à un assuré qui n'a pas réclamé de prestations au titre d'un accident du travail?

L'intimé était couvert par une police d'assurance automobile aux termes de laquelle l'assureur s'engageait à verser une indemnité hebdomadaire à tout occupant de l'automobile assurée qui, à la suite d'un accident, subissait des blessures et était dans l'impossibilité d'exercer normalement son métier ou son emploi. Toutefois, la police excluait toute personne «en droit de recevoir des prestations au titre d'un régime d'indemnisation ou d'une législation en matière d'accidents du travail».

L'intimé a été blessé alors qu'il conduisait l'automobile assurée dans l'exercice de son emploi de chauffeur de taxi, mais il n'a déposé aucune réclamation en vertu de la *Workmen's Compensation Act*, R.S.O. 1970, c. 505. Le juge de première instance était d'avis que la clause restrictive n'empêchait pas le demandeur de recouvrer une indemnité et la Cour d'appel a fait sienne cette opinion.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson étant dissidents): L'appel doit être accueilli.

La Cour: Vu que les termes employés dans la police d'assurance sont tirés intégralement de l'*Insurance Act*, R.S.O. 1970, c. 224, et que la Loi prescrit leur insertion dans une police d'assurance automobile type, la règle *contra proferentem* ne s'applique pas à leur interprétation.

Arrêt mentionné: *Linsley v. Co-operators Insurance Association of Guelph*, [1975] I.L.R. 1206.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: To construe the exclusionary clause as being ineffective because an award has not been claimed and allowed against the Board would involve an assumption that notwithstanding express agreement as to the existence of all the facts requisite to entitlement, the Board might refuse to make an award. In the absence of any evidence, such an assumption cannot be entertained as a factor in determining the language of the policy and of *The Insurance Act*.

A workman's entitlement to receive payments is not dependent upon a formal application having been made and approved. To construe otherwise would mean that the insurer's liability could be varied adversely by the independent act of the insured, *i.e.* whether or not the insured neglected to make a claim against the Board. Such a situation would run contrary to the law normally applicable in interpreting such an agreement.

Per Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. *dissenting*: Notwithstanding that the *contra proferentem* principle does not apply it is sound construction to construe the provisions of a contract broadly and the exclusions narrowly. "Benefits" is a broad term and embraces more than the word "compensation". A person should not be regarded as entitled to receive the benefits of workmen's compensation unless he has applied for compensation and obtained an award.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal from a judgment of Cavers Co. Ct. J. at trial. Appeal allowed, Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. dissenting.

R. F. Wilson, Q.C., and *A. M. Rock*, for the appellant.

Harvey Spiegel, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. was delivered by

SPENCE J. (*dissenting*)—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on October 28, 1974, granted by leave of this Court pronounced on January 29, 1975. By its judgment, the Court of Appeal for Ontario had dismissed an appeal from the judgment at trial

¹ (1974), 5 O.R. (2d) 729.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Si l'on interprète la clause restrictive comme étant sans effet parce qu'aucune indemnité n'a été réclamée auprès de la Commission ni approuvée par elle, cela présuppose que la Commission pourrait refuser de verser une indemnité en dépit de la reconnaissance expresse de l'existence de tous les faits y donnant droit. En l'absence de preuve étayant cette hypothèse, elle ne peut être considérée comme un facteur permettant de déterminer le sens véritable des termes employés dans la police d'assurance et dans l'*Insurance Act*.

Le droit de l'ouvrier «de recevoir» des prestations n'est pas subordonné au dépôt d'une demande en bonne et due forme et à l'approbation de celle-ci. Une interprétation différente signifierait que la responsabilité de l'assureur pourrait être modifiée à son désavantage par un acte indépendant de l'assuré, c.-à-d. qu'elle dépendrait du dépôt par l'assuré d'une demande d'indemnisation auprès de la Commission. Une pareille situation va à l'encontre des règles d'interprétation ordinairement applicables à un contrat de ce genre.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson, *dissidents*: Nonobstant le fait que la règle *contra proferentem* ne s'applique pas, il convient d'interpréter largement les stipulations d'un contrat et d'interpréter étroitement ses clauses restrictives. Le terme «prestations» a une signification plus large et une portée plus générale que le terme «indemnité». Le droit de recevoir des prestations au titre d'un accident du travail n'existe que si l'ouvrier a demandé et obtenu une indemnité.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ rejetant un appel d'un jugement du juge Cavers, de cour de comté. Pourvoi accueilli, le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson étant dissidents.

R. F. Wilson, c.r., et *A. M. Rock*, pour l'appellant.

Harvey Spiegel, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence et Dickson a été prononcé par

LE JUGE SPENCE (*dissent*)—Le présent pourvoi, interjeté sur autorisation donnée le 29 janvier 1975, attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 28 octobre 1974. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel d'un jugement rendu le 28 janvier 1974 par le juge

¹ (1974), 5 O.R. (2d) 729.

pronounced on January 28, 1974, by His Honour Judge Cavers. By that judgment, His Honour Judge Cavers had awarded the plaintiff the sum of \$1,960.

The trial came before His Honour Judge Cavers upon an agreed statement of facts. That statement sets out the whole of the facts which are relevant here and that statement reads as follows:

The stated case is as follows:—

1. The Plaintiff is a taxi driver and resides in the City of Toronto, in the Municipality of Metropolitan Toronto.
2. On or about the 1st day of February, 1973, the Plaintiff while in the course of his employment as a taxi driver was operating an automobile owned by one, Murray Goodman when he sustained bodily injuries as a result of a collision with another motor vehicle owned and operated by David J. Dadd.
3. At the time of the said collision, the motor vehicle which was being driven by the Plaintiff was insured by a standard automobile policy issued by the Defendant insurer as number 173497TD.
4. By the terms of the said policy, the Defendant agreed to pay to any person while an occupant of the insured motor vehicle who sustained bodily injury by an accident arising out of the use or operation of the said automobile, a weekly benefit for the period during which the injury shall wholly or continuously disable such person and prevent him from performing in [sic] any or every duty pertaining to his occupation or employment, said weekly benefit to be at the rate of 80% of the gross weekly earnings of the person injured subject to a maximum of \$70.00 per week.
5. As a result of the injuries sustained by him in the accident aforesaid, the Plaintiff was wholly and continuously disabled and prevented from performing any or every duty pertaining to his occupation for [sic—"or"] employment for a period of 28 weeks.
6. At the date of the accident aforesaid, the Plaintiff was gainfully employed as a taxi driver and had gross weekly earnings in excess of \$100.00 per week.
7. The Plaintiff has caused Notice of the Claim to be given to the Defendant and has furnished the Defendant with a Proof of Claim as provided by the said Policy. The Defendant has refused to pay the benefit provided for in the said Policy upon the grounds that the Policy contains an exclusionary clause which clause reads as follows:

Cavers qui avait accordé au demandeur la somme de \$1,960.

L'affaire a été soumise au juge Cavers par voie d'exposé conjoint des faits. Cet exposé relate tous les faits pertinents au litige. En voici le texte:

[TRADUCTION] L'exposé de cause se lit comme suit:

1. Le demandeur est chauffeur de taxi et réside dans la ville de Toronto, dans la municipalité urbaine de Toronto.
2. Le 1^{er} février 1973 ou vers cette date, le demandeur, dans le cadre de son emploi de chauffeur de taxi, conduisait une automobile appartenant à Murray Goodman, lorsqu'il a été blessé dans une collision avec une automobile conduite par David J. Dadd et appartenant à ce dernier.
3. Au moment de cette collision, l'automobile conduite par le demandeur était assurée par une police d'assurance automobile type émise par l'assureur défendeur sous le numéro 173497TD.
4. Aux termes de la police susmentionnée, le défendeur devait verser à toute personne qui, alors qu'elle était un occupant de l'automobile assurée, subissait des blessures dans un accident résultant de l'utilisation ou du fonctionnement de ladite automobile, une indemnité hebdomadaire pour la période au cours de laquelle la personne blessée ne pourrait, en raison de l'invalidité résultant de ses blessures, exécuter toutes les tâches relatives à son travail ou emploi; l'indemnité hebdomadaire en question se chiffrera à 80% du salaire hebdomadaire brut de la personne blessée, jusqu'à un maximum de \$70 par semaine.
5. A cause de l'invalidité totale et continue résultant des blessures subies dans l'accident susmentionné, le demandeur n'a pu exécuter toutes les tâches relatives à son travail ou emploi pendant une période de 28 semaines.
6. A la date de l'accident susmentionné, le demandeur occupait un emploi rémunéré de chauffeur de taxi et son salaire hebdomadaire brut se chiffrait à plus de \$100.
7. Le demandeur a fait signifier au défendeur un avis de sinistre et lui a remis un formulaire de preuve de sinistre dûment rempli, comme l'exige la police d'assurance en question. Le défendeur a refusé de verser l'indemnité prévue dans ladite police au motif que celle-ci contenait la clause restrictive suivante:

(2) EXCLUSIONS

a) The insurer shall not be liable under this section for bodily injury to or death of any person, . . .

ii) who is entitled to receive the benefits of any workmen's compensation law or plan; . . .

8. The Plaintiff has made no claim under *The Workmen's Compensation Act*, R.S.O. 1970 Chapter 505.

9. The Plaintiff has commenced an action against the owner and operator of the other motor vehicle involved in the collision but such action has not yet come to trial.

10. In the event that this Court determines that the Plaintiff is entitled to the benefits provided for in the said Policy, the Plaintiff is entitled to recover from the Defendant the sum of \$1,960.00.

As Arnup J.A., in giving reasons for the Court of Appeal for Ontario, pointed out, the whole issue in the appeal is the applicability of the exclusion clause in the standard automobile policy issued by Lloyd's of London. That exclusion clause appears in para. 7 of the agreed statement of facts above.

Cavers, Co. Ct. J., was of the opinion that the said exclusionary clause, under the circumstances outlined in the statement of facts, did not bar the recovery by the plaintiff. Arnup J.A., in the Court of Appeal, accepted this view and, with respect, I am of the opinion that the courts below have come to the proper conclusion.

As will be seen, the problem is whether the words in Exclusion (2)(a)(ii) apply to bar the claim. In that exclusion, the all-important words are "entitled to receive the benefits of any workmen's compensation law or plan". It is true that those words appear in the standard automobile policy but they do so because s. 232 of *The Insurance Act* in subs. (1) provides:

232. (1) Every contract evidenced by a motor vehicle liability policy shall provide the death and total disability benefits set forth in subsection 2 of Schedule E in the terms, conditions, provisions and exclusions and subject to the limits as set forth in Schedule E.

(2) RÉSERVES

a) Aux termes du présent article, l'assureur ne peut être tenu de verser une indemnité à l'égard de blessures ou de la mort subies par une personne ou des blessures causées à une personne, . . .

ii) qui est en droit de recevoir des prestations au titre d'un régime d'indemnisation ou d'une législation en matière d'accidents du travail; . . .

8. Le demandeur n'a présenté aucune demande d'indemnisation en vertu de la *Workmen's Compensation Act*, R.S.O. 1970, chap. 505.

9. Le demandeur a intenté une action contre le propriétaire et le conducteur de l'autre automobile impliquée dans la collision, mais cette action n'a pas encore été entendue.

10. Si cette Cour décide que le demandeur a droit à l'indemnité prévue dans ladite police d'assurance, le demandeur aura droit de recouvrer du défendeur la somme de \$1,960.

Comme l'a souligné le juge Arnup, alors qu'il parlait au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, tout le présent litige repose sur la question de l'applicabilité de la clause restrictive de la police d'assurance automobile type émise par Lloyd's de Londres. Cette clause est reproduite au par. 7 de l'exposé conjoint des faits que je viens de citer.

Selon le juge Cavers, de cour de comté, ladite clause restrictive n'empêche pas le demandeur, dans les circonstances relatées dans l'exposé des faits, de recouvrer une indemnité. En Cour d'appel, le juge Arnup a fait sienne cette opinion et, avec égards, je conclus au bien-fondé des décisions des tribunaux d'instance inférieure.

La question est donc de savoir si les termes de la réserve (2)a)(ii) s'appliquent de façon à faire obstacle au dépôt d'une demande d'indemnisation. Dans cette réserve, l'expression clé est: [TRADUCTION] «en droit de recevoir des prestations au titre d'un régime d'indemnisation ou d'une législation en matière d'accidents du travail». Il est vrai que l'on retrouve ces mots dans la police d'assurance automobile type, mais c'est parce que le par. (1) de l'art. 232 de l'*Insurance Act* prévoit:

[TRADUCTION] 232. (1) Tout contrat constaté par une police d'assurance-responsabilité automobile doit prévoir le paiement des prestations de décès et d'invalidité totale établies au paragraphe 2 de l'Annexe E et ce, selon les termes, conditions, stipulations, réserves et limites établis à l'Annexe E.

The exclusion in Sch. E appears in the exact words which also appear in the standard automobile policy. No enlightenment of the meaning of the words "entitled to receive the benefits" appears in *The Insurance Act* and Arnup J.A. turned to the provisions of *The Workmen's Compensation Act* to determine the meaning of the words as they appear in the latter statute. Arnup J.A. made a careful review of the use of the words "benefits", "entitled to receive" and "entitled to payment" as they appeared in the various sections of *The Workmen's Compensation Act*. He expressed the view with which, with respect, I agree, that "benefits" is the broader term and embraces more than is embraced by the word "compensation". A workman may be entitled to benefits which do not result in any monetary compensation; for instance, he may be entitled to the very extensive rehabilitation provided for under the statute.

There is no need to repeat Arnup J.A.'s review but he expressed his conclusion in the words:

In my view, the words "entitled to receive" [benefits or compensation] when used in the Act refer to cases where a workman has elected to claim compensation, the Board has found the claim well founded, and has made an award of compensation.

There would seem to be no sound reason why the words should not have the same meaning in the insurance policy. This would seem particularly true in view of s. 8 of *The Workmen's Compensation Act* which provides:

8. (1) Where an accident arising out of and in the course of his employment happens to a workman under such circumstances as entitle him or his dependants to an action against some person other than his employer, the workman or his dependants, if entitled to benefits under this Part, may claim such benefits or may bring such action.

(2) If less is recovered and collected by a judgment in the action or by settlement than the amount of benefits to which the workman or his dependants are entitled under this Part, the difference between the amount recovered and collected and the amount of such benefits is payable to the workman or his dependants.

La réserve prévue à l'Annexe E est reproduite intégralement dans la police d'assurance automobile type. *L'Insurance Act* ne jette aucune lumière sur le sens des termes «en droit de recevoir des prestations» et le juge Arnup a eu recours aux dispositions de la *Workmen's Compensation Act* pour déterminer le sens de ces termes dans cette dernière loi. Il a analysé avec soin l'emploi des expressions [TRADUCTION] «prestations», «en droit de recevoir» et «droit au versement» dans les divers articles de la *Workmen's Compensation Act*. Il a exprimé l'avis, auquel avec égards je souscris, que le terme «prestations» a une signification plus large et une portée plus générale que le terme «indemnité». Un ouvrier peut avoir droit à des prestations qui ne se traduisent pas par une indemnité monétaire; par exemple, il peut être admissible au vaste programme de réadaptation prévu par la législation.

Il n'est pas nécessaire de reprendre ici l'analyse du juge Arnup; mais voici sa conclusion:

[TRADUCTION] A mon avis, l'expression «en droit de recevoir» [des prestations ou une indemnité], dans le contexte de la Loi, vise les cas où un ouvrier a choisi de réclamer une indemnité que la Commission a jugée bien fondée et a accordée.

Il semble n'y avoir aucune raison valable pour ne pas conférer à ces termes la même signification dans la police d'assurance. Cela me paraît particulièrement juste à la lumière des dispositions de l'art. 8 de la *Workmen's Compensation Act*, que voici:

[TRADUCTION] 8. (1) Lorsqu'un ouvrier est victime d'un accident du fait et au cours de son emploi dans des circonstances qui donnent droit à cet ouvrier ou aux personnes à sa charge de poursuivre une personne autre que son employeur, l'ouvrier ou les personnes à sa charge, s'ils ont droit à des prestations aux termes de cette Partie, peuvent réclamer ces prestations ou intenter les poursuites.

(2) Si l'indemnité touchée à la suite d'une action en justice ou d'un règlement est moindre que l'ensemble des prestations auxquelles l'ouvrier ou les personnes à sa charge ont droit en vertu de cette Partie, la différence entre le montant touché et le montant de ces prestations doit être versée à l'ouvrier ou aux personnes à sa charge.

Under subs. (1) of that section, the workman could elect whether to claim benefits under the Act or take an action "against some person other than his employer". The latter words would, of course, include an action against an insurance company. Section 72 of *The Workmen's Compensation Act* which gives to the Board exclusive jurisdiction to determine all matters and questions arising under this Part, and s. 8 is in that Part, and s. 3(b) which indicates that a workman may not succeed in a claim if the accident is attributable to the serious and wilful misconduct of the workman both support my interpretation of the meaning of the section.

It is true that s. 8 subs. (2) makes provision that if the amount collected by the workman who has elected to sue rather than claim compensation is less "than the amount of benefits to which the workman or his dependants are entitled under this Part" and perhaps might indicate that entitlement was not a matter of having made a claim under the Act and having that claim allowed but, in my view, this is not sufficient to alter my conclusion and I prefer to take the view that the words are simply loosely used and should have read "to which the workman or his dependants would have been entitled under this Part".

Arnup J.A. accepted as an alternative argument in favour of the contention of the plaintiff, the respondent in the Court of Appeal and in this Court, the application of the well known *contra proferentem* rule. However, as I have pointed out, the words in the insurance policy are the exact words which appear in *The Insurance Act* and their inclusion in the standard automobile policy is directed by the provision of the statute I have quoted. Under those circumstances, I agree with the view expressed by Henry J. in *Linsley v. Co-operators Insurance Association of Guelph*², at p. 1210. But, apart altogether from the *contra proferentem* rule, it is sound construction of a contract to construe the provision thereof broadly and the exclusions thereof narrowly.

² [1975] I.L.R. 1206.

Aux termes du par. (1) de cet article, l'ouvrier peut choisir soit de réclamer des prestations en vertu de la Loi soit d'intenter une action «contre une personne autre que son employeur»; il pourrait bien sûr s'agir d'une compagnie d'assurance. Mon interprétation du sens de cet article est étayée à la fois par l'art. 72 de la *Workmen's Compensation Act* qui donne à la Commission compétence exclusive pour trancher toutes les questions relevant de cette Partie (l'art. 8 s'y trouve), et par l'al. 3 b) qui prévoit que la demande d'indemnisation d'un ouvrier peut ne pas être approuvée si l'accident a été causé par l'inconduite grave ou volontaire de ce dernier.

Il est vrai que l'art. 8, par. (2) prévoit le cas où le montant recouvré par l'ouvrier qui a choisi d'intenter une action plutôt que de réclamer une indemnité est moindre [TRADUCTION] «que l'ensemble des prestations auxquelles l'ouvrier ou les personnes à sa charge ont droit en vertu de cette Partie». Ceci pourrait indiquer que le droit à l'indemnité ne dépend pas du dépôt d'une demande d'indemnisation aux termes de la Loi ni de l'approbation de cette demande, mais cela ne suffit pas à changer ma conclusion et je préfère me rallier à l'opinion selon laquelle les termes manquent de précision et qu'ils signifient «auxquelles l'ouvrier ou les personnes à sa charge auraient eu droit en vertu de cette Partie».

Le juge Arnup a accepté l'application de la célèbre règle *contra proferentem* comme argument subsidiaire à l'appui de la prétention du demandeur, intimé en Cour d'appel et en cette Cour. Toutefois, comme je l'ai souligné, les termes employés dans la police d'assurance sont tirés intégralement de l'*Insurance Act* et leur insertion dans une police d'assurance automobile type est prescrite par la disposition précitée de cette loi. Dans ces circonstances, je partage l'avis exprimé par le juge Henry dans *Linsley v. Co-operators Insurance Association of Guelph*², à la p. 1210. Mais, indépendamment de la règle *contra proferentem*, il convient d'interpréter largement les stipulations d'un contrat et d'interpréter étroitement ses clauses restrictives.

² [1975] I.L.R. 1206.

I would, therefore, dismiss the appeal and in accordance with the order granting leave to appeal direct that the costs of the application for leave and the costs of the appeal be paid to the respondent on a solicitor and client basis.

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

RITCHIE J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my brother Spence in which he has accurately described the circumstances giving rise to this appeal and has reproduced the statement of facts agreed to by the parties at the trial of this action before His Honour Judge Cavers.

The questions of law upon which leave to appeal to this Court was granted are described in para. 3 of the application for leave to appeal as follows:

- (a) That the Court of Appeal for Ontario erred in construing the exclusionary clause in the policy of insurance under consideration in this case so as to conclude that it did not apply unless a formal application for workmen's compensation benefits was made by the Respondent, and such application was approved;
- (b) That the Court of Appeal for Ontario erred in applying the principle *contra proferentem* in construing the exclusionary clause contained in the policy of insurance under consideration in this case, since the clause itself was included in the policy by virtue of a statutory enactment, and not at the instance of the Applicant.

These questions arise by reason of the refusal of the appellant insurer to pay the respondent's claim for damage sustained by him by reason of personal injuries and for which indemnity is alleged to be provided in the standard automobile insurance policy issued by the appellant covering the automobile owned by Murray Goodman and operated by the respondent in his capacity as a taxi driver, when the insured vehicle collided with another automobile.

The appellant's refusal to pay the claim which had been duly asserted by the respondent in accordance with the terms of the policy was based upon the ground that the respondent "was entitled

Par conséquent, je rejetterais le pourvoi et conformément au libellé de l'autorisation d'appeler, j'ordonnerais le paiement à l'intimé des dépens de la demande d'autorisation et de ceux du pourvoi sur une base procureur-client.

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

LE JUGE RITCHIE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Spence dans lesquels il relate en détail les circonstances à l'origine du présent pourvoi et cite l'exposé conjoint des faits déposé en première instance devant le juge Cavers.

Voici les questions de droit que cette Cour a accepté de trancher, selon le par. 3 de la demande d'autorisation:

- [TRADUCTION] a) la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en interprétant la clause restrictive de la police d'assurance en cause, de façon à conclure qu'elle ne s'applique que si l'intimé a dûment présenté une demande de prestations au titre des accidents du travail et qu'on la lui a accordée;
- b) la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en assujettissant au principe *contra proferentem* son interprétation de la clause restrictive de la police d'assurance en cause, puisque cette clause a été insérée dans la police en vertu d'une disposition législative et non à la demande de l'assuré.

Le litige résulte du refus de l'assureur appelant de verser à l'intimé une indemnité pour des blessures que ce dernier a subies lors de la collision du véhicule assuré avec une autre automobile. Il prétend y avoir droit en vertu de la police d'assurance automobile type émise par l'appellant, qui couvrait l'automobile de Murray Goodman que l'intimé conduisait dans l'exercice de son emploi de chauffeur de taxi au moment de la collision.

L'appellant refuse de verser l'indemnité dûment réclamée par l'intimé en conformité des termes de la police parce qu'il prétend que ce dernier [TRADUCTION] «était en droit de recevoir des presta-

to receive the benefits” of *The Workmen's Compensation Act* of Ontario (R.S.O. 1970, c. 505) and that his claim was therefore within the exclusion contained in the policy for which provision is made in ss. (3)(ii) of Sch. E to *The Insurance Act*, R.S.O. 1970, c. 224 and which provides as follows:

2. EXCLUSIONS

(a) the Insurer shall not be liable under this section for bodily injury to or death of any person . . .

(ii) who is entitled to receive the benefits of any workmen's compensation law or plan; . . .

“Compensation” is provided for in s. 3 of *The Workmen's Compensation Act*, *supra*, in the following circumstances:

3. (1) Where in any employment, to which this Part applies personal injury by accident arising out of and in the course of employment is caused to a workman, his employer is liable to provide or pay compensation in the manner and to the extent hereinafter mentioned except where the injury

(a) does not disable the workman beyond the day of accident from earning full wages at the work at which he was employed, or

(b) is attributable solely to the wilful misconduct of the workman unless the injury results in death or serious disablement.

Section 4 of the same statute provides:

Employers in the industries for the time being included in Schedule 1 are liable to contribute to the accident fund as hereinafter provided but are not liable individually to pay compensation.

“Accident Fund” as used in the statute means the fund provided for the payment of compensation in respect of employment in an industry included in Sch. 1 of the Act and it is the fund administered by the Workmen's Compensation Board. I agree with my brother Spence and with the Court of Appeal that the word “benefits” as employed in the Exclusion is to be read as including “compensation”.

The singular feature of the present case is that no evidence was adduced by either party at the

tions» en vertu de la *Workmen's Compensation Act* de l'Ontario (R.S.O. 1970, c. 505), et que, par conséquent, sa réclamation tombait sous le coup de la réserve prévue par la police d'assurance en vertu des dispositions du sous-al. (3)(ii) de l'Annexe E de l'*Insurance Act*, R.S.O. 1970, c. 224. En voici le libellé:

[TRADUCTION] 2. RÉSERVES

a) Aux termes du présent article, l'assureur ne peut être tenu de verser une indemnité à l'égard de blessures ou de la mort subies par une personne . . .

(ii) qui est en droit de recevoir des prestations au titre d'un régime d'indemnisation ou d'une législation en matière d'accidents du travail; . . .

L'article 3 de la *Workmen's Compensation Act*, précitée, prévoit le paiement d'une «indemnité» dans les circonstances suivantes:

[TRADUCTION] 3. (1) Lorsque dans l'exercice d'un emploi visé par cette Partie, un ouvrier subit une blessure par suite d'un accident survenant du fait et au cours de son emploi, son employeur est tenu de lui verser une indemnité conformément aux modalités prévues ci-après, sauf lorsque la blessure

a) n'empêche pas l'ouvrier, dès le lendemain de l'accident, de gagner son plein salaire dans l'exercice du même emploi, ou

b) résulte uniquement de l'inconduite volontaire de l'ouvrier, si la blessure n'a pas provoqué la mort ou une invalidité grave.

L'article 4 de la même loi prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] Les employeurs des industries mentionnées à l'Annexe 1 sont tenus de contribuer à la caisse des accidents, selon les modalités prévues ci-après, mais ils ne sont pas individuellement tenus de verser des indemnités.

L'expression «caisse des accidents» dans ce texte législatif désigne la caisse créée pour le paiement des indemnités à l'égard des emplois dans une industrie mentionnée à l'Annexe 1 de la Loi; cette caisse est gérée par la Commission des accidents du travail. Je partage l'avis de mon collègue le juge Spence et de la Cour d'appel selon lesquels il convient de considérer que le terme «prestations», employé dans la clause restrictive, comprend «indemnité».

Cette affaire est particulière en ce que les parties n'ont produit aucune preuve au procès, de

trial and the record is therefore confined to an agreement as to the existence of facts which disclose that the respondent's injuries were caused while he was in the course of his employment in an industry included in Sch. 1 of the statute, namely, the taxicab business, and that he was disabled beyond the day of the accident from earning "full wages at the work at which he was employed". There is no suggestion that his injuries were attributable to any misconduct on his part. These facts, to which the respondent agreed, in my opinion constitute *prima facie* evidence that the respondent's injury was one for which the accident fund was "liable to pay compensation" and was therefore an injury in respect of which the respondent was entitled to the benefits of *The Workmen's Compensation Act*.

The reasoning upon which the respondent relies is epitomized in the following passage in the reasons for judgment of Mr. Justice Arnup in the Court of Appeal:

In my view, the words 'entitled to receive' (benefits or compensation) when used in the Act refer to cases where a workman has elected to claim compensation, the Board has found the claim well founded, and has made an award of compensation. This is not conclusive as to the meaning of the words in the exclusionary clause of the insurance policy, but it puts an added onus on the insurer to show that the words mean something different.

Accordingly, the case for the respondent rests upon the submission that the words "entitled to receive benefits" as used in the exclusionary clause carry a different meaning from the phrase "entitled to benefits" and that they can only apply to an insured who has elected to make a claim and to whom an award has been made by the Workmen's Compensation Board.

Section 8 of *The Workmen's Compensation Act* was cited on behalf of the respondent in support of the conclusion that the exclusionary clause "did not apply unless a formal application for workmen's compensation benefits was made by the respondent, and such application was approved." The relevant portions of the section in question read as follows:

sorte que le dossier ne contient qu'un exposé conjoint des faits qui révèle que l'intimé a subi ses blessures dans l'exercice de son emploi dans une industrie mentionnée à l'Annexe 1 de la Loi, savoir le transport par taxis, et que ses blessures l'ont empêché de gagner [TRADUCTION] «son plein salaire dans l'exercice du même emploi» dès le lendemain de l'accident. Rien ne laisse entendre que ses blessures ont résulté d'une inconduite de sa part. Ces faits, acceptés par l'intimé, constituent à mon avis une preuve *prima facie* que les blessures de l'intimé sont de celles à l'égard desquelles la caisse des accidents est [TRADUCTION] «tenue de verser une indemnité» et, par conséquent, au regard desquelles l'intimé est en droit d'être indemnisé aux termes de la *Workmen's Compensation Act*.

Dans ses motifs de jugement, le juge d'appel Arnup résume en ces termes l'argumentation mise de l'avant par l'intimé:

[TRADUCTION] A mon avis, l'expression «en droit de recevoir» [des prestations ou une indemnité], dans le contexte de la Loi, vise les cas où un ouvrier a choisi de réclamer une indemnité que la Commission a jugée bien fondée et a accordée. Cela ne tranche pas définitivement la question du sens de cette expression dans la clause restrictive de la police d'assurance, mais cela ajoute au fardeau incombant à l'assureur de prouver que l'expression a une signification différente.

Selon l'argumentation de l'intimé, l'expression «en droit de recevoir des prestations», employée dans la clause restrictive, a une signification différente de l'expression «a droit à des prestations» et ne s'applique qu'à l'égard d'un assuré qui a choisi de présenter une demande d'indemnisation et à qui la Commission des accidents du travail a accordé une indemnité.

L'intimé a invoqué l'art. 8 de la *Workmen's Compensation Act* pour étayer sa prétention que la clause restrictive [TRADUCTION] «ne s'applique que si l'intimé a dûment présenté une demande de prestations au titre des accidents du travail et qu'on la lui a accordée». Les paragraphes pertinents de cet article sont libellés en ces termes:

8. (1) Where an accident arising out of and in the course of his employment happens to a workman under such circumstances as entitle him or his dependants to an action against some person other than his employer, the workman or his dependants, if entitled to benefits under this Part, may claim such benefits or may bring such action.

(2) If less is recovered and collected by a judgment in the action or by settlement than the amount of benefits to which the workman or his dependants are entitled under this Part, the difference between the amount recovered and collected and the amount of such benefits is payable to the workman or his dependants.

It appears to me, however, with the greatest respect for those who may hold a different view, that the effect of these provisions is that, notwithstanding the workman's election not to make a claim for the benefits to which he is entitled under *The Workmen's Compensation Act*, whenever the amount of such benefits exceeds the amount recovered in an action brought by him against a person other than his employer, the excess is *payable* to the workman or his dependants. In my view this must mean that the workman's entitlement "*to receive*" payments is not dependent upon a formal application for workmen's compensation having been made and approved.

If entitlement of itself carries with it the right to be paid, it follows, in my opinion, that a workman who is "entitled to benefits" under Part 1 of the Act is to be taken as being "entitled to receive benefits" within the meaning of Exclusion 2(a)(ii) of the policy. To construe the words "entitled to receive the benefits" as they are used in Sch. E of *The Insurance Act* and in the policy as being ineffective unless the workman has elected to make a claim for compensation which the Board has found to be well founded, in my opinion must mean that in a case such as the present one where the facts are admitted which entitle an insured workman to benefits, he can nevertheless elect to recover against the insurer rather than the Board by the simple process of neglecting to make a claim against the Board. I think it must follow that such a workman can by his own act successfully deprive the insurer of an advantage which it otherwise would have enjoyed under *The Insurance Act*

[TRADUCTION] 8. (1) Lorsqu'un ouvrier est victime d'un accident du fait et au cours de son emploi dans des circonstances qui donnent droit à cet ouvrier ou aux personnes à sa charge de poursuivre une personne autre que son employeur, l'ouvrier ou les personnes à sa charge, s'ils ont droit à des prestations aux termes de cette Partie, peuvent réclamer ces prestations ou intenter les poursuites.

(2) Si l'indemnité touchée à la suite d'une action en justice ou d'un règlement est moindre que l'ensemble des prestations auxquelles l'ouvrier ou les personnes à sa charge ont droit en vertu de cette Partie, la différence entre le montant touché et le montant de ces prestations doit être versée à l'ouvrier ou aux personnes à sa charge.

Toutefois, avec le plus grand respect pour ceux qui sont d'un avis contraire, j'estime que ces dispositions ont pour effet, même si l'ouvrier choisit de ne pas demander les prestations auxquelles il a droit en vertu de la *Workmen's Compensation Act*, de rendre *payable* à ce dernier ou aux personnes à sa charge l'excédent du montant de ces prestations par rapport au montant recouvré dans une action intentée par lui contre une personne autre que son employeur. A mon avis, cela signifie que le droit de l'ouvrier «*de recevoir*» des paiements n'est pas subordonné au dépôt en bonne et due forme d'une demande de prestations au titre des accidents du travail et à l'approbation de celle-ci.

Si ce droit emporte celui d'être payé, il s'ensuit, à mon avis, qu'un ouvrier qui «a droit à des prestations» en vertu de la Partie I de la Loi est «en droit de recevoir des prestations» au sens de la réserve 2a)(ii) de la police. Si l'expression «en droit de recevoir des prestations», employée à l'Annexe E de l'*Insurance Act* et dans la police, est sans effet à moins que l'ouvrier ne choisisse de présenter une demande de prestations jugée par la suite bien fondée par la Commission, cela revient à dire, à mon avis, que, dans un cas comme celui-ci où les faits, acceptés de part et d'autre, donnent à un ouvrier assuré le droit de réclamer des prestations, il peut malgré tout choisir de recouvrer l'indemnité de l'assureur plutôt que de la Commission en négligeant simplement de présenter une demande à cette dernière. Il s'ensuit, selon moi, que cet ouvrier peut volontairement retirer à l'assureur un avantage dont ce dernier pourrait autrement bénéficier en vertu de l'*Insurance Act* et du contrat

and the insuring agreement. It seems to me that this would mean that the insurer's undertaking as contained in the insuring agreement could be varied adversely to its interest after the happening of the event insured against by the independent act of the insured and such a situation in my view runs contrary to the law normally applicable in interpreting such an agreement.

It follows, in my view, that to construe the exclusionary clause as being ineffective because an award has not been claimed and allowed against the Board would involve the assumption that notwithstanding express agreement as to the existence of all the facts requisite to entitlement, the Board might refuse to make an award. In the absence of any evidence to support such an assumption, I do not think it can be entertained as a factor in determining the meaning to be assigned to the language employed in *The Insurance Act* and the policy here in question.

It was contended on behalf of the respondent that the reference in s. 8(1) to the entitlement of a workman "to an action against some person other than his employer" is to be construed as including the insurer. This contention, however, fails to take into account the fact that the type of action contemplated by the section against any "person other than the employer" must be founded in tort rather than contract, and that an action against the insurer must of necessity be based on the terms of the contract of insurance.

As to the second question upon which leave to appeal was granted, I am in agreement with my brother Spence that the principle of *contra proferentem* does not apply to the interpretation of the exclusion here in question as it is one which is required to be included in such a policy by virtue of the provisions of Sch. E of *The Insurance Act* hereinbefore referred to, and the insurer is not to be held responsible for the manner in which it is expressed.

For all these reasons I would allow this appeal and set aside the judgment of His Honour Judge Cavers and of the Court of Appeal for Ontario. In conformity with the order made in this Court on the application for leave to appeal, the amount of

d'assurance. A mes yeux, cela signifie que l'engagement de l'assureur, fixé par le contrat d'assurance, pourrait être modifié au désavantage de ce dernier après la survenance du sinistre par l'acte propre de l'assuré; j'estime que pareille situation va à l'encontre des règles d'interprétation normalement applicables à un contrat de ce genre.

A mon avis, il s'ensuit que si l'on interprète la clause restrictive comme étant sans effet parce qu'aucune indemnité n'a été réclamée à la Commission ni approuvée par elle, on présuppose que la Commission pourrait refuser de verser une indemnité en dépit de la reconnaissance expresse de l'existence de tous les faits y donnant droit. Vu l'absence de preuve étayant cette hypothèse, elle ne peut être considérée, à mon avis, comme un facteur permettant de déterminer le sens véritable des termes employés dans l'*Insurance Act* et dans la police d'assurance en cause.

On allègue au nom de l'intimé que la mention au par. 8(1) du droit d'un ouvrier [TRADUCTION] «de poursuivre une personne autre que son employeur» doit être interprétée comme incluant l'assureur. Toutefois, cette allégation ne tient pas compte du fait que le type d'action envisagée par ce paragraphe contre «une personne autre que son employeur» doit être fondé sur un délit plutôt que sur un contrat, et qu'une action contre l'assureur doit nécessairement être fondée sur les clauses du contrat d'assurance.

Quant à la seconde question posée en l'espèce, je partage l'avis de mon collègue le juge Spence selon lequel le principe *contra proferentem* ne s'applique pas à l'interprétation de la réserve en cause, puisque celle-ci doit obligatoirement être incluse dans la police en vertu des dispositions de l'Annexe E de l'*Insurance Act*, susmentionnées, et que l'assureur ne peut être tenu responsable du libellé de cette réserve.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer le jugement du juge Cavers ainsi que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Conformément à l'autorisation d'appeler accordée par cette Cour, l'appelant doit payer à l'intimé le

this judgment will be paid by the appellant to the respondent together with the costs of the said application and of this appeal on a solicitor and client basis.

Appeal allowed, judgments below set aside, LASKIN C.J. and SPENCE and DICKSON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fasken & Calvin, Toronto.

Solicitors for the respondent: Green & Spiegel, Toronto.

montant accordé par jugement ainsi que les dépens de la demande d'autorisation et de ceux du pourvoi, sur une base procureur-client.

Pourvoi accueilli, jugements des cours inférieures infirmés, le juge en chef LASKIN et les juges SPENCE et DICKSON étaient dissidents.

Procureurs de l'appelant: Fasken & Calvin, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Green & Spiegel, Toronto.

Harry Lewis *Appellant;*

and

The Director of Archambault Institution
Respondent.

1977: June 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Legality of detention — Warrant of committal not necessary — Certificate of conviction sufficient — Habeas corpus — Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 13(7)(a).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec confirming a judgment of the Superior Court dismissing an application in *habeas corpus*. Appeal dismissed.

Jay Rumanek, for the appellant.

Jack Weissman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you, Mr. Weissman. We are all of the opinion that the accused, having been lawfully convicted and sentenced as shown by a certificate to that effect, is in lawful custody pursuant to what is now s. 13(7)(a) of the *Penitentiaries Act*, R.S.C. 1970, c. P-6. We are in agreement with the Quebec Court of Appeal, and this appeal is accordingly dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Jay Rumanek, Montreal.

Solicitor for the respondent: Jack Weissman, Montreal.

Harry Lewis *Appellant;*

et

Le directeur de l'Établissement Archambault
Intimé.

1977: le 21 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Légalité d'une détention — Mandat de dépôt non nécessaire — Certificat de condamnation suffisant — Habeas corpus — Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, c. P-6, art. 13(7)a.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure rejetant une demande d'*habeas corpus*. Pourvoi rejeté.

Jay Rumanek, pour l'appellant.

Jack Weissman, pour l'intimé.

Le jugement a été rendu oralement au nom de la Cour par

LE JUGE EN CHEF—Il n'est pas nécessaire de vous entendre M^e Weissman. Nous sommes tous d'avis que l'accusé, dont la déclaration de culpabilité et la condamnation sont attestées par un certificat, est en détention légitime conformément aux dispositions de ce qui est maintenant l'al. a) du par. (7) de l'art. 13 de la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, c. P-6. Nous partageons l'avis de la Cour d'appel du Québec et en conséquence le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Jay Rumanek, Montréal.

Procureur de l'intimé: Jack Weissman, Montréal.

The Employers' Liability Assurance Corporation Ltd., The British Northwestern Insurance Company Limited, The London and Lancashire Guarantee and Accident Co. of Canada and Royal Insurance Company, Limited (*Defendants-in-warranty*) *Appellants*;

and

The Foundation Company of Canada Limited (*Plaintiff-in-warranty*) *Respondent*.

1977: March 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Insurance — Liability insurance — Fault of insured — Case of ordinary negligence — Validity of action in warranty against insurer.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec reversing a judgment of the Superior Court dismissing an action in warranty against the appellants. Appeal dismissed.

J. Vincent O'Donnell, Q.C., for the appellants.

Colin Gravenor, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you, Mr. Gravenor. The appellant has not persuaded us that there was anything in this case but ordinary negligence in respect of the claim under the liability policy, and we are, accordingly, of the opinion that the appeal must be dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Tansey, Lavery, Johnston, O'Donnell, Clark & Carrière, Montreal.

Solicitors for the respondent: Lette, Marcotte, Biron, Sutto & Gravenor, Montreal.

The Employers' Liability Assurance Corporation Ltd., The British Northwestern Insurance Company Limited, The London and Lancashire Guarantee and Accident Co. of Canada et Royal Insurance Company Limited (*Défenderesses en garantie*) *Appelantes*;

et

The Foundation Company of Canada Limited (*Demanderesse en garantie*) *Intimée*.

1977: le 17 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Assurance — Assurance responsabilité — Faute de l'assuré — Cas de négligence ordinaire — Validité du recours en garantie contre l'assureur.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure rejetant l'action en garantie contre les appelantes. Pourvoi rejeté.

J. Vincent O'Donnell, c.r., pour les appelantes.

Colin Gravenor, pour l'intimée.

Le jugement a été rendu oralement au nom de la Cour par

LE JUGE EN CHEF—Il n'est pas nécessaire de vous entendre, M^e Gravenor. L'appelante ne nous a pas convaincus que cette affaire portait sur autre chose qu'un cas de négligence ordinaire à l'égard de la réclamation faite en vertu d'une police d'assurance responsabilité et, en conséquence, nous sommes tous d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Tansey, Lavery, Johnston, O'Donnell, Clark & Carrière, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Lette, Marcotte, Biron, Sutto & Gravenor, Montréal.

Bar of the Province of Quebec *Appellant*;

and

Jean-Paul Ste-Marie *Respondent*;

and

Jacques Tisseur et al. *Mis en cause.*

1976: March 22; 1976: May 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Writ of evocation — Appeal to the Council on Discipline of the Bar — Continuation of a sitting of the Council — Members present still seized of the appeal — Bar Act, 1966-67, (Que.), c. 77 — Code of Civil Procedure, arts. 846 to 850.

Appeal — Jurisdiction of the Supreme Court — Leave to appeal from interlocutory judgments — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, amended by 1974-75-76, (Can.), c. 18, ss. 38, 39, 41, 44 and 47.

On November 20, 1973, the Committee on Discipline of the Bar of the Province of Quebec permanently disbarred the respondent. In accordance with the *Bar Act*, an appeal was brought before the Council on Discipline, which upheld the penalty. Respondent, who does not challenge the fairness of the condemnation, based as it is on admitted facts the seriousness and derogatory nature of which are indisputable, then applied to the Superior Court by motion for a writ of evocation. The Superior Court found that the irregularities alleged by respondent did not justify issuing a writ of evocation. The Court of Appeal reversed this judgment solely because two of the seven members of the Council on Discipline formed to hear the appeal from the decision of the Committee on Discipline had not been called to the meeting of March 20, 1974 at which this appeal was dismissed. The Court of Appeal ordered a writ of evocation to be issued and the Bar of the Province of Quebec has brought an appeal to this Court by virtue of leave granted by this Court.

Held: The appeal must be allowed.

In ruling that the secretary-general was not exempted from calling the seven members of the Council even though the Council's quorum for the meeting of March 20, 1974 was five members, the Court of Appeal overlooked an important fact. The sitting of March 20 was actually only a continuation of the sitting of February 27, 1974, to which it must be assumed that the seven

Le Barreau du Québec *Appelant*;

et

Jean-Paul Ste-Marie *Intimé*;

et

Jacques Tisseur et autres *Mis en cause.*

1976: le 22 mars; 1976: le 5 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Bref d'évocation — Appel au Conseil de discipline du Barreau — Continuation d'une séance du Conseil — Membres présents demeurant saisis de l'appel — Loi du Barreau, 1966-67, (Qué.), c. 77 — Code de procédure civile, art. 846 à 850.

Appeal — Compétence de la Cour suprême — Autorisation d'appel des jugements interlocutoires — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, modifié par 1974-75-76, (Can.), c. 18, art. 38, 39, 41, 44 et 47.

Le Comité de discipline du Barreau du Québec a prononcé, le 20 novembre 1973, la radiation définitive de l'intimé. Conformément à la *Loi du Barreau*, un appel a été interjeté au Conseil de discipline qui a maintenu la sanction. L'intimé, qui ne s'attaque pas à la justice de la condamnation basée sur des faits avoués dont la gravité et le caractère dérogatoire sont incontestables, s'est alors adressé à la Cour supérieure par demande de bref d'évocation. Celle-ci a conclu que les irrégularités alléguées par l'intimé ne justifiaient pas l'émission d'un bref d'évocation. La Cour d'appel a infirmé ce jugement pour l'unique motif que deux des sept membres du Conseil de discipline formé pour entendre l'appel du Comité de discipline n'avaient pas été convoqués à l'assemblée du 20 mars 1974 où cet appel a été rejeté. La Cour d'appel ayant autorisé la délivrance du bref d'évocation, le Barreau du Québec se pourvoit devant cette Cour en vertu d'une autorisation accordée par celle-ci.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

En statuant que, même si à l'assemblée du 20 mars 1974 le Conseil avait le quorum requis de cinq membres, le secrétaire général n'était pas dispensé de convoquer les sept membres du Conseil, la Cour d'appel a omis de tenir compte d'un fait important. En effet, la séance du 20 mars n'était que la continuation de la séance du 27 février 1974 à laquelle, il faut présumer, les sept mem-

members were duly convened. The five members of the Council present at this first sitting rightly considered that they were seized of the appeal brought against the decision of the Committee on Discipline. They cannot be criticized for having "continued the sitting" to March 20 owing to the absence of respondent and the withdrawal of his counsel. The notice of hearing sent to the members who were present at the sitting of February 27 did not mean that they had relinquished the case.

Having granted the writ of evocation solely for the above reason, the Court of Appeal did not express an opinion on the other grounds raised in the Superior Court. This Court has the power to refer the case back to the Court of Appeal but is under no obligation to do so. In the case at bar this Court considers the fact that none of these grounds is really serious to be a compelling reason for ruling definitively on the whole case.

The objections raised against the jurisdiction of this Court are not valid. Section 41(1) of the *Supreme Court Act* includes any judgment, including interlocutories without distinction. The restriction contained in s. 44 does not apply to the power to grant leave to appeal under s. 41 but affects only s. 39 (appeal *per saltum*) and s. 38 (appeal authorized by the provincial Court of Appeal).

The Bar of the Province of Quebec v. E., [1953] R.L.n.s. 257; *Mehr v. The Law Society of Upper Canada*, [1955] S.C.R. 344, referred to.

APPEAL against a decision by the Court of Appeal of Quebec¹ reversing the decision of the Superior Court and authorizing a writ of evocation to be issued. Appeal allowed and decision of the Superior Court reinstated.

Gérard Beaupré, Q.C., and *Bernard Taillefer*, for the appellant.

Marcel Cinq-Mars, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—The appeal of the Bar of the Province of Quebec is from a decision of the Court of Appeal reversing a judgment of the Superior Court and authorizing the issuance of a writ of evocation against a sentence of disbarment pronounced against the respondent.

¹ [1975] C.A. 333.

bres avaient été dûment convoqués. A cette première séance, les cinq membres du Conseil présents s'étaient à bon droit considérés saisis de l'appel interjeté contre la décision du Comité de discipline. On ne peut leur reprocher d'avoir, en raison de l'absence de l'intimé et du désistement de son avocat, «continué la séance» au 20 mars. L'avis d'audition envoyé aux membres présents à la séance du 27 février ne signifiait pas que ceux-ci s'étaient désaisis de l'affaire.

Ayant accordé le bref d'évocation pour l'unique motif susmentionné, la Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur les autres moyens soulevés en Cour supérieure. Cette Cour a le pouvoir de renvoyer le dossier à la Cour d'appel pour qu'elle le fasse mais elle n'y est pas tenue. En l'espèce, cette Cour considère le fait qu'aucun de ces moyens n'est vraiment sérieux, comme un motif décisif de statuer définitivement sur le tout.

Quant aux objections soulevées à l'encontre de la compétence de cette Cour, elles ne sont pas valables. Le paragraphe (1) de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême* vise tout jugement y compris les jugements interlocutoires sans distinction. La restriction de l'art. 44 ne s'applique pas au pouvoir d'autoriser l'appel en vertu de l'art. 41 mais ne vise que l'art. 39 (appel *per saltum*) et l'art. 38 (appel autorisé par la Cour d'appel provinciale).

Arrêts mentionnés: *Le Barreau du Québec c. E.*, [1953] R.L.n.s. 257; *Mehr c. The Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ qui a infirmé le jugement de la Cour supérieure et autorisé la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi accueilli et jugement de la Cour supérieure rétabli.

Gérard Beaupré, c.r., et *Bernard Taillefer*, pour l'appellant.

Marcel Cinq-Mars, c.r., pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Le pourvoi du Barreau du Québec attaque un arrêt de la Cour d'appel qui infirme le jugement de la Cour supérieure et autorise la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre d'une sentence de radiation prononcée contre l'intimé.

¹ [1975] C.A. 333.

On the merits the case is quite clear. Respondent attacks the order made against him on procedural grounds only. He does not challenge the fairness of the condemnation based as it is on admitted facts the seriousness and derogatory nature of which are indisputable. The judgment of the Committee on Discipline rendered November 1, 1973 on the syndic's complaint reads as follows:

[TRANSLATION] Whereas the evidence shows that respondent received from his client, Les Distributions Eclair Ltée, sums of money amounting to \$112,654.38, including the \$77,683.93 mentioned in the complaint, for which he acknowledges being accountable;

Whereas respondent admits having failed to deposit the said amounts in a trust account, in contravention of the *Bar Act* and by-laws of the Bar;

Whereas respondent admits having made personal use of the said monies;

Whereas respondent admits that neither on the date of the complaint nor on this day has he had the money necessary to restore the said amounts to the proper persons;

The Committee on Discipline of the Bar of the Province of Quebec, by its undersigned members, finds respondent guilty of the derogatory acts which are set out in the complaint;

And adjourns the submissions of counsel regarding penalty to 9.00 a.m., November 9, 1973.

The penalty imposed on November 20, 1973 was permanent disbarment from the Roll of the Order and payment of costs. Respondent appealed under the *Bar Act* to the Council on Discipline against the judgment and penalty. This appeal was dismissed on March 20, 1974. Respondent then applied to the Superior Court by motion for a writ of evocation under arts. 846 to 850 of the *Code of Civil Procedure*. On this motion, Anthime Bergeron J. of the Superior Court held that there were no grounds for authorizing the issuance of a writ, stating:

[TRANSLATION] Careful study of this case in its entirety, particularly a complete reading of the transcripts of the hearing of November 1, 1973 before the Committee on Discipline (Exhibit I-II), forces the Court to conclude that this motion is a purely dilatory step intended to delay implementation of the severe but just penalty imposed on applicant by respondents . . .

L'affaire est au fond très simple. Les moyens soulevés par l'intimé à l'encontre de la sentence prononcée contre lui ne s'attaquent qu'à la procédure suivie et non à la justice de la condamnation qui est basée sur des faits avoués dont la gravité et le caractère dérogatoire sont incontestables. Le jugement du Comité de discipline rendu le 1^{er} novembre 1973 sur la plainte du syndic se lit comme suit:

Considérant que la preuve révèle que l'intimé a reçu de sa cliente, Les Distributions Eclair Ltée des montants d'argent se totalisant à \$112,654.38, comprenant le montant de \$77,683.93 mentionné à la plainte et dont il reconnaît être comptable,

Considérant que l'intimé admet ne pas avoir déposé lesdits montants dans un compte en fidéicommiss, et ceci contrairement à la loi et aux règlements du Barreau,

Considérant que l'intimé admet avoir fait un usage personnel desdits argents,

Considérant que l'intimé admet que ni à la date de la plainte, ni à ce jour il n'a les argents nécessaires pour effectuer la remise desdits montants à qui de droit,

Le Comité de discipline du Barreau du Québec, par ses membres soussignés, déclare l'intimé coupable d'avoir commis les actes dérogatoires qui lui sont reprochés dans la plainte,

Reporte au 9 novembre 1973, à 9 heures A.M., les représentations des procureurs au sujet de la sanction.

La sanction prononcée le 20 novembre 1973 est la radiation définitive du Tableau de l'ordre avec condamnation aux dépens. Comme la *Loi du Barreau* le permet, l'intimé a interjeté appel au Conseil de discipline à l'encontre du jugement et de la sentence. Cet appel a été rejeté le 20 mars 1974. L'intimé s'est alors adressé à la Cour supérieure par demande de bref d'évocation suivant les art. 846 à 850 du *Code de procédure civile*. Sur cette requête le juge Anthime Bergeron, de la Cour supérieure, a statué qu'il n'y avait pas lieu d'autoriser la délivrance du bref disant notamment:

L'analyse soignée de toute cette affaire, particulièrement la lecture complète des transcriptions relatives à l'enquête du 1^{er} novembre, 1973, devant le Comité de Discipline (pièce I-11), oblige le Tribunal à conclure que la présente requête semble être une méthode purement dilatoire afin de retarder la mise en application de la sentence sévère mais juste prononcée contre le requérant par les intimés . . .

It is true that at one point the proceedings were affected by an irregularity, which was pointed out by counsel for the applicant, but the situation was corrected and there is no reason to believe that justice was not done. One should not lose sight of the fact that applicant admitted the facts alleged against him. How, then, can he now complain of the serious consequences which he regrets when, to use his own expression (page 93, Exhibit I-II), he has, alas, over the years gradually used up sums of money entrusted by his clients in 1965 and 1966.

The Court of Appeal reversed this judgment and ordered a writ of evocation to be issued solely because two of the seven members of the Council on Discipline formed to hear the appeal from the decision of the Committee on Discipline were not called to the meeting of March 20, 1974 at which this appeal was dismissed. It was pointed out that the fact that the Council's quorum is five members does not exempt the secretary-general from calling them all to hear the case. That is correct. However, what was overlooked is that the minutes of the sittings of the Council on Discipline filed with the motion for a writ of evocation show that the sitting of March 20 was a continuation of the sitting of February 27, 1974. Respondent in this Court does not contend that all seven members were not duly convened to that earlier sitting although five only were present. It must therefore be assumed that all the members were duly convened. The minutes of this first sitting are as follows:

[TRANSLATION] MINUTES OF A SITTING OF THE
COMMITTEE ON DISCIPLINE OF THE BAR OF THE
PROVINCE OF QUEBEC AT MONTREAL ON FEBRUARY
27, 1974 AT 4:30 P.M.

COMMITTEE:	Mr. Bâtonnier John G. Ahern Mr. Bâtonnier J. Sénécal Mr. J.-M. Brassard Mr. P. F. Vineberg Mr. J. W. Hemens
PRESENT:	Mr. Bâtonnier Marcel Cinq- Mars, counsel for the respondent Mr. Claude Boisvert, syndic Mr. André Pasquin, secretary

PETITION IN APPEAL

Counsel for the respondent submitted to the members of the Council that by virtue of Bill 251, in force

Il est vrai qu'à un certain moment, la procédure suivie a été entachée d'une irrégularité d'ailleurs soulevée par le procureur du requérant mais la situation a été corrigée et il n'y a pas lieu de croire que Justice n'a pas été rendue. Il ne faut tout de même pas perdre de vue que le requérant a admis les faits qui lui étaient reprochés et comment peut-il aujourd'hui se plaindre que l'affaire ait eu les conséquences sérieuses qu'il regrette quand il a, pour employer son expression (page 93 - pièce I-11), hélas progressivement épuisé au cours des années des sommes d'argent reçues de ses clients en 1965 et 1966.

La Cour d'appel a infirmé ce jugement et autorisé la délivrance du bref d'évocation pour l'unique motif que deux des sept membres du Conseil de discipline formé pour entendre l'appel de la sentence du Comité de discipline n'ont pas été convoqués à l'assemblée du 20 mars 1974 où cet appel a été rejeté. On a fait observer que le fait que le quorum du Conseil soit de cinq membres ne dispense pas le secrétaire général de les convoquer tous pour entendre la cause. C'est exact, mais ce dont on a omis de tenir compte c'est que les procès-verbaux des séances du Conseil de discipline produits à l'appui de la requête en évocation font voir que la séance du 20 mars était la continuation de celle du 27 février 1974, séance à laquelle celui qui est l'intimé en cette Cour ne prétend pas que les sept membres n'avaient pas été dûment convoqués même si cinq d'entre eux seulement étaient présents. Il faut donc présumer que tous avaient été régulièrement convoqués. Le texte de ce procès-verbal est comme suit:

PROCÈS-VERBAL D'UNE SÉANCE DU COMITÉ DE
DISCIPLINE DU BARREAU DU QUÉBEC TENUE À
MONTREAL LE 27 FÉVRIER 1974 À 4:30 HEURES DE
L'APRÈS-MIDI.

COMITÉ:	M. le Bâtonnier John G. Ahern M. le Bâtonnier J. Sénécal M ^e J.-M. Brassard M ^e P.F. Vineberg M ^e J.W. Hemens
PRÉSENTS:	M. le Bâtonnier Marcel Cinq- Mars, Procureur de l'intimé M ^e Claude Boisvert, syndic M ^e André Pasquin, secrétaire

REQUÊTE EN APPEL

Le procureur de l'intimé fait des représentations auprès des membres du Conseil et leur demande acte de

February 1, 1974, he was prohibited from representing appellant and requested them to take cognizance of such disability.

Counsel for the respondent filed his letter dated February 27, 1974 to Mr. Jacques Tisseur, Secretary-General of the Bar, in the record.

Since counsel for the respondent no longer represented the latter, he withdrew.

The syndic made submissions to the members of the Council and insisted that the case be proceeded with.

After deliberating, the Council decided to continue today's sitting on March 20, 1974 at 4.30 p.m., peremptorily, and the syndic undertook to send a notice of the hearing to appellant.

The meeting was adjourned.

André Pasquin
Secretary

At the hearing in this Court, the parties admitted that these were minutes of the Council on Discipline, not of the Committee. Moreover, Mr. Marcel Cinq-Mars was counsel for the appellant, not the respondent, and it is he who is referred to at the beginning where one reads [TRANSLATION] "Counsel for the respondent submitted to the members of the Council that by virtue of Bill 251 (S.Q. 1973, c.44), in force February 1, 1974, he was prohibited from representing appellant and requested them to take cognizance of such disability". It is also he who is referred to where counsel for the respondent is mentioned at the beginning of the second and third sentences of these poorly worded minutes.

It will thus be seen that on February 27, 1974 five members of the Council on Discipline constituting a quorum were present at the sitting convened to hear the appeal of the present respondent. He was not present and the attorney whom he had retained as counsel, and who had on his behalf and in this capacity filed the appeal to the Council, stated that under legislation that came into force on February 1, 1974, he was now prohibited from representing his client. He withdrew and the syndic insisted that the case be proceeded with nevertheless, but the Council decided to "continue the sitting" on March 20, 1974. It was as a result of this decision that the

la prohibition édicté (sic) au Bill 251, en vigueur le 1^{er} février 1974, lui interdisant d'occuper pour l'Appelant.

Le procureur de l'intimé produit au dossier sa lettre en date du 27 février 1974 adressée à M^e Jacques Tisseur, secrétaire général du Barreau.

Le procureur de l'intimé ne représentant plus ce dernier, se retire.

Le syndic fait des représentations aux membres du Conseil et insiste auprès d'eux pour procéder dans cette affaire.

Après délibération, le conseil décide de continuer la séance d'aujourd'hui au 20 mars 1974 à 4:30 p.m. péremptoirement, le syndic se chargeant d'envoyer l'avis d'audition à l'Appelant.

La séance est levée.

Le secrétaire,
André Pasquin

A l'audition, les parties ont admis qu'il s'agit bien d'un procès-verbal du Conseil de discipline et non pas du Comité. De plus, M^e Marcel Cinq-Mars était procureur de l'appellant et non de l'intimé et c'est bien de lui qu'il s'agit lorsqu'au tout début on lit «Le procureur de l'intimé fait des représentations auprès des membres du Conseil et leur demande acte de la prohibition édicté (sic) au Bill 251 (Lois de 1973, c.44), en vigueur le 1^{er} février 1974, lui interdisant d'occuper pour l'appelant». C'est bien de lui également qu'il s'agit lorsqu'on parle du procureur de l'intimé au début des deuxième et troisième phrases de ce texte boiteux.

On voit donc que ce qui s'est passé le 27 février 1974, c'est que cinq membres du Conseil de discipline formant quorum, étant présents à la séance convoquée pour entendre l'appel de celui qui est intimé en cette Cour, celui-ci n'étant pas présent, l'avocat qu'il avait constitué son procureur et qui avait en son nom et en cette qualité formé l'appel au Conseil, est venu déclarer que, par suite d'une loi entrée en vigueur le 1^{er} février 1974, il lui était maintenant interdit d'occuper. Il s'est retiré, le syndic a insisté pour procéder quand même, mais le Conseil a décidé «de continuer la séance» au 20 mars 1974. C'est en conséquence de cette décision que les cinq membres qui composaient à ce

five members who then made up the Council on Discipline sitting to hear the appeal, met again on March 20, 1974, dismissed the request for a postponement and the objections made by the new counsel for the present respondent, heard the appeal and dismissed it.

In my opinion, the members of the Council on Discipline who were present at the first sitting on February 27, 1974, rightly considered that they were seized of the appeal brought against the decision of the Committee on Discipline. They certainly cannot be criticized for having decided not to proceed immediately when the party appealing was not present and his counsel had ceased to represent him for a peremptory reason. The fact that, under these circumstances, the syndic undertook to send a notice of hearing does not mean that the members present had relinquished the case. It was merely a prudent and equitable decision which they took under the circumstances and they cannot be faulted for it. If in addition to the five members present at the sitting of February 27, those who had been designated to sit but did not attend, had been present at the sitting of March 20, appellant would certainly not fail to cite the judgment of the Court of Appeal in *The Bar of the Province of Quebec v. E*², and to argue that those not present at the first sitting were disqualified to sit at its continuation (see the views expressed *obiter* in *Mehr v. The Law Society of Upper Canada*³, at p. 351).

I must therefore conclude that the Court of Appeal was in error in authorizing the issuance of a writ of evocation on the ground stated in its reasons.

With respect to the other grounds raised in the motion to the Superior Court and on which the Court of Appeal did not find it necessary to express an opinion, respondent first asked this Court to order that the case be referred back to the Court of Appeal. I do not doubt that we have the power to do so, but we are under no obligation to so order, for under s. 47 of the *Supreme Court Act* we may render the judgment "that the court, whose decision is appealed against, should have

moment-là le Conseil de discipline siégeant pour entendre l'appel, se sont réunis de nouveau le 20 mars 1974, ont rejeté la demande de remise et les objections formulées par le nouveau procureur du présent intimé, ont entendu l'appel et l'ont rejeté.

A mon avis, c'est à bon droit que les membres présents du Conseil de discipline se sont, à la première séance tenue le 27 février 1974, considérés saisis de l'appel interjeté contre la décision du Comité de discipline. On ne peut certainement pas leur reprocher d'avoir décidé de ne pas procéder immédiatement alors que celui qui était l'appelant n'était pas présent et que son procureur cessait d'occuper pour une raison péremptoire. Le fait que le syndic se soit, dans ces circonstances, chargé d'envoyer un avis d'audition ne signifie pas non plus que les membres présents se sont désaisis de l'affaire, c'est tout simplement une décision sage et équitable qu'ils ont prise en face de la situation et on ne saurait leur en faire grief. Si l'on avait réuni à la séance du 20 mars, en outre des cinq membres présents à celle du 27 février, ceux qui avaient été désignés pour y siéger mais n'y avaient pas assisté, il est bien sûr que l'appelant ne manquerait pas d'invoquer l'arrêt de la Cour d'appel *Le Barreau du Québec c. E*² pour soutenir que ceux qui n'étaient pas présents à la première séance étaient inhabiles à siéger à sa continuation. (Voir dans le même sens les vues exprimées *obiter* dans *Mehr c. The Law Society of Upper Canada*³, à la p. 351).

Je dois donc conclure que la Cour d'appel a fait erreur en autorisant la délivrance d'un bref d'évocation pour l'unique motif qu'elle a retenu.

Quant aux divers moyens soulevés dans la requête à la Cour supérieure et sur lesquels la Cour d'appel n'a pas cru devoir se prononcer, l'intimé nous a d'abord invités à ordonner à cette fin le renvoi du dossier à la Cour d'appel. Je ne doute pas que nous ayons le pouvoir de le faire, mais nous n'y sommes aucunement tenus car, en vertu de l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, il nous appartient de prononcer le jugement «que la Cour dont le jugement est porté en appel aurait dû

² [1953] R.L.n.s. 257.

³ [1955] S.C.R. 344.

² [1953] R.L.n.s. 257.

³ [1955] R.C.S. 344.

given". In the case at bar there is a compelling reason for ruling definitively on the whole case, and it is that none of the grounds on which the Court of Appeal did not pronounce is really serious. Therefore, after hearing counsel for the respondent, the Court informed counsel for the appellant that he was not required to be heard in reply on those points.

I will nevertheless say a few words about the irregularity mentioned by the Superior Court judge. The Council on Discipline is not a permanent body. The resolution of the Executive Committee appointing five members to hear the appeal in question added: [TRANSLATION] "The other members of the Council are appointed as substitutes". The objection raised on this ground by Mr. Cinq-Mars was sustained by the Council thus constituted. The Executive Committee then adopted a new resolution designating seven persons by name to form the Council, including the five who were present on February 27 and March 20, 1974. May the respondent who has confessed his defalcation, seriously contend that the error in the first resolution had the effect of absolving him completely without his repaying anything? In Canadian law, an error by a judge at the trial of an accused person against whom there is substantial evidence does not result in his acquittal on appeal but in a new trial.

Before closing, I think it would be appropriate to dispose specifically of the objection raised by counsel for the respondent against the jurisdiction of this Court. He argued that it has not yet been decided whether, in s. 41(1) of the *Supreme Court Act*, the expression "any final or other judgment" really includes any judgment, including all interlocutory judgments without distinction. Why are the words "final or other" used, it was argued, if "any judgment" is meant?

It seems clear to me that, even if these words are strictly speaking superfluous, it cannot be supposed that Parliament intended to limit the scope of the enactment. On the contrary, these are clearly words added from excessive caution, *ex abundantia cautela*, in order to indicate clearly that the power to grant leave to appeal was henceforth to

prononcer». Dans le cas présent, il existe un motif décisif de statuer définitivement sur le tout, c'est qu'aucun des moyens sur lesquels la Cour d'appel ne s'est pas prononcée n'est vraiment sérieux. Aussi, après avoir entendu l'avocat de l'intimé, la Cour a informé les avocats de l'appelant qu'elle n'avait pas besoin de les entendre en réplique sur ces moyens-là.

Je dirai cependant quelques mots de l'irrégularité mentionnée par le premier juge. Le Conseil de discipline n'est pas un corps permanent. Or, la résolution du Comité exécutif nommant cinq membres chargés d'entendre l'appel dont il s'agit ajoutait: «Les autres membres du Conseil sont nommés substitués». L'objection soulevée de ce chef par M^c Cinq-Mars a été accueillie par le Conseil ainsi constitué. Le Comité exécutif a alors adopté une nouvelle résolution désignant nommément sept personnes pour former le Conseil, dont les cinq qui furent présentes les 27 février et 20 mars 1974. L'intimé, dilapidateur avoué, peut-il sérieusement prétendre que l'erreur commise dans la première résolution avait pour effet, sans qu'il eût rien remboursé, de l'absoudre définitivement? Dans le droit canadien, l'erreur du juge au procès d'un inculpé contre lequel il y a preuve suffisante ne donne pas lieu à son acquittement en appel mais à un nouveau procès.

Avant de terminer, il me paraît à propos de disposer explicitement de l'objection soulevée par l'avocat de l'intimé à l'encontre de notre juridiction. Il a fait valoir que jamais encore nous n'avions décidé si, au par. 1 de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, l'expression «tout jugement, définitif ou autre» vise vraiment tout jugement y compris tous les interlocutoires sans distinction. Que viennent faire les mots «définitif ou autre» nous a-t-on objecté, si le texte veut simplement dire «tout jugement»?

Il me semble évident que, même si en toute rigueur il s'agit de mots superflus, ce n'est pas un cas où l'on peut supposer que le Parlement a voulu restreindre la portée du texte. Au contraire, il s'agit manifestement de mots ajoutés par excès de précaution, *ex abundantia cautela*, pour bien indiquer que le pouvoir d'accorder l'autorisation d'ap-

be unlimited with respect to both interlocutory and final judgments, whereas previously, the power to grant leave with respect to judgments that were not final was limited to certain specific cases.

As for s. 44, which was also cited by counsel for the respondent, it need only be said that by reason of subs. 2, it does not restrict the power of this Court to grant leave to appeal under s. 41 as was done in this case. Section 44 now affects only our power to authorize an appeal *per saltum* under s. 39 and the power of the Court of Appeal under s. 38 to grant leave to appeal from its own judgments.

I conclude that the appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal should be set aside and the judgment of the Superior Court dismissing the motion should be restored, with costs throughout against the respondent.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Beaupré, Trudeau, Sylvestre & Taillefer, Montreal.

Solicitors for the respondent: Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, MacKell & Clermont, Montreal.

peler sera désormais aussi illimité à l'égard des jugements interlocutoires que des jugements définitifs, tandis qu'autrefois, le pouvoir d'accorder l'autorisation à l'égard de jugements qui n'étaient pas définitifs était restreint à certains cas déterminés.

Quant à l'art. 44, également invoqué par l'avocat de l'intimé, il suffit de dire que vu son par. 2, il ne restreint pas le pouvoir de cette Cour d'accorder l'autorisation d'appeler en vertu de l'art. 41 comme elle l'a fait dans le cas présent. Aujourd'hui, l'art. 44 ne vise que notre pouvoir d'autoriser un appel *per saltum* en vertu de l'art. 39 et celui de la Cour d'appel d'accorder en vertu de l'art. 38 l'autorisation d'appeler d'un de ses jugements.

Je conclus qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de la Cour supérieure rejetant la requête, avec dépens dans toutes les cours contre l'intimé.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Beaupré, Trudeau, Sylvestre & Taillefer, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, MacKell & Clermont, Montréal.

Antares Shipping Corporation (*Plaintiff*)
Appellant;

and

The Ship "Capricorn" (also known as the
**Ship "Alliance"), Delmar Shipping Limited
and Portland Shipping Inc.** (*Defendants*)
Respondents.

1975: June 23 and 24; 1976: January 30.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Pigeon, Beetz and
de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Maritime law — Jurisdiction in rem and in personam — Arrest of the ship in Canada — Private international law — Service ex juris — Federal Court Act, R.S.C. 1970, (2nd Supp.), c. 10, ss. 22(a), 43, 44 — Federal Court Rules, Rule 307.

The appellant ("Antares"), a Liberian corporation, claims to have bought the Ship "Capricorn" (renamed the "Alliance") from the respondent Delmar Shipping Limited ("Delmar"), another Liberian corporation, on May 17, 1973. Delmar then chartered the ship, which was to be delivered to the charterer between July 15 and August 30, 1973. On June 5, 1973, while the ship was en route to Quebec, Delmar sold it to the respondent Portland Shipping Inc. ("Portland"), also a Liberian company, through registration of a bill of sale in the United States. On June 7, 1973, Antares had the ship arrested in the Port of Quebec pursuant to a writ of the Federal Court. While at the same time bringing *in rem* proceedings against the ship, the appellant claimed personal relief against Delmar and Portland and cancellation of the sale of the ship by Delmar to Portland. On June 11, 1973, an appearance "without admitting the jurisdiction of the Court" was entered by solicitors on behalf of the ship. On June 22, 1973, the Federal Court granted the release of the vessel upon a bail bond in the amount of \$4,000,000. The solicitors, appearing for Portland as well as for the ship, moved for leave to enter an additional appearance to object to the jurisdiction of the Court; the motion was denied. The solicitors for the ship and for Portland then moved to strike out the statement of claim and set aside the arrest. Pratte J. of the Federal Court concluded that the action brought by Antares was merely an action *in rem* and that it was not open to the appellant to obtain personal remedies against Delmar and Portland, neither of which was impleaded. At the same time, he made an order that

Antares Shipping Corporation
(Demanderesse) Appelante;

et

Le Navire «Capricorn» (alias le navire
**«Alliance»), Delmar Shipping Limited et
Portland Shipping Inc.** (*Défendeurs*) *Intimés.*

1975: les 23 et 24 juin; 1976: le 30 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit maritime — Compétence in rem et in personam — Saisie du navire au Canada — Droit international privé — Signification ex juris — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, (2^e Supp.), c. 10, art. 22 a), 43, 44 — Règles de la Cour fédérale, règle 307.

L'appelante («Antares»), une compagnie libérienne, prétend qu'elle a acheté le navire «Capricorn» (devenu l'«Alliance») de l'intimée Delmar Shipping Limited («Delmar»), une autre compagnie libérienne, le 17 mai 1973. Delmar a alors affrété le navire qui devait être livré à l'affrètement entre le 15 juillet et le 30 août 1973. Le 5 juin 1973, alors que le navire était en route pour Québec, Delmar l'a vendu à l'intimée Portland Shipping Inc. («Portland»), également une compagnie libérienne, au moyen de l'enregistrement d'un acte de vente effectué aux États-Unis. Le 7 juin 1973, Antares a fait saisir le navire dans le port de Québec en vertu d'un bref de la Cour fédérale. En même temps qu'elle exerçait cette action *in rem* contre le navire, elle demandait des redressements personnels contre Delmar et Portland et l'annulation de la vente du navire entre celles-ci. Le 11 juin 1973, les avocats du navire ont comparu «sans reconnaître la compétence de la cour». Le 22 juin 1973, la Cour fédérale a accordé la mainlevée de la saisie du navire moyennant un cautionnement de \$4,000,000. Les avocats, comparissant alors pour Portland ainsi que pour le navire, ont demandé à déposer un acte de comparution additionnel afin de s'opposer à la compétence de la cour, requête qui a été rejetée. Les avocats du navire et de Portland ont par la suite demandé la radiation de la déclaration et l'annulation de la saisie. Le juge Pratte de la Cour fédérale a conclu que l'action intentée par Antares était purement une action *in rem* et que celle-ci n'était pas fondée à obtenir de redressements personnels contre Delmar et Portland, aucune de ces compagnies n'étant poursuivie. En même temps, il a ordonné l'ad-

both Delmar and Portland be added as defendants, that proceedings be stayed and that if Delmar and Portland were not served within sixty days the statement of claim and the arrest of the ship should be struck out. In an effort to comply with this order and since neither Delmar nor Portland appeared to have any presence in Canada, Antares moved on November 7, 1973 for an order for service upon them *ex juris*. On November 12, 1973 Pratte J. dismissed the motion for service *ex juris* since, in his opinion, the subject matter of the action did not have any relation or connection with Canada. The Federal Court of Appeal upheld the judgment of the Trial Division judge. Hence the appeal to this Court.

Held (Laskin C.J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: This Court agrees with the lower courts that the Federal Court has jurisdiction to hear an action *in rem* against the ship and that claims for relief *in personam* could be joined. All that remains to be determined is whether the Federal Court exercised its discretion judiciously in dismissing the motion for service *ex juris* on the foreign companies, Delmar and Portland, thus refusing to exercise the jurisdiction conferred upon it.

The overriding consideration which should have guided the trial court in exercising its discretion was the existence of some other forum more convenient and appropriate for the pursuit of the action and for securing the ends of justice. In the case at bar the record discloses that the sale to the appellant took place in England, the bill of sale between the respondents was registered in the United States and the ship was registered in Liberia, where all the companies involved were incorporated. This cause of action has some relationship, therefore, with at least three jurisdictions outside of Canada and the issue is whether any one of them is more convenient or suitable than the Federal Court. There is no factual basis for concluding that any one of the foreign jurisdictions would provide a forum in which the facts could be assembled and the issue tried without causing inconvenience to one or more of the parties. There are, on the other hand, two factors that weigh heavily in favour of the Federal Court as the appropriate forum for the trial of this action: participation by Portland and the position of Delmar. Portland participated actively in the present litigation by securing the release of the ship and giving the bond fixed by the Court. Even though the appearance was made under protest as to the jurisdiction of the Court, the giving of the bond constituted a waiver of this protest. As for Delmar, the arrested ship was its sole

jonction de Delmar et Portland à titre de défenderesses, et la suspension des procédures et donné un délai de soixante jours pour signifier l'action à Delmar et Portland, à défaut de quoi la radiation de la déclaration et l'annulation de la saisie prendraient effet. Dans le but de se conformer à cette ordonnance, et puisque ni Delmar ni Portland ne semblaient être représentées au Canada, Antares a demandé, le 7 novembre 1973, l'autorisation d'effectuer une signification *ex juris*. Le 12 novembre 1973, le juge Pratte a rejeté la demande de signification *ex juris* puisque, selon lui, l'objet de l'action n'avait aucun rapport ni lien avec le Canada. La Cour d'appel fédérale a confirmé le jugement du juge de la Division de première instance. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt (Le juge en chef Laskin étant dissident): Le pourvoi doit être accueilli.

Les juges Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Cette Cour est d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure que la Cour fédérale a compétence pour entendre une action *in rem* contre le navire et que les demandes de redressement *in personam* pouvaient faire l'objet d'un cumul. Il ne reste qu'à déterminer si la Cour fédérale a exercé judicieusement son pouvoir discrétionnaire en rejetant la demande de signification *ex juris* aux compagnies étrangères, Delmar et Portland, refusant ainsi d'exercer la compétence qui lui est conférée.

La considération primordiale qui devait guider le tribunal de première instance en exerçant son pouvoir discrétionnaire devait être l'existence d'un autre tribunal, plus commode et plus approprié à la poursuite de l'action et à la réalisation des fins de la justice. En l'espèce, le dossier révèle que la vente à l'appelante a été faite en Angleterre, que le contrat de vente entre les intimées a été enregistré aux États-Unis et que le navire était immatriculé au Liberia où toutes les compagnies en cause ont été constituées. Cette cause d'action intéresse donc au moins trois juridictions hors du Canada et il s'agit de déterminer si l'une d'elles offre plus d'avantages que la Cour fédérale. Aucune raison précise ne nous permet de conclure que l'affaire pouvait être instruite ou jugée devant l'un des tribunaux étrangers sans gêner l'une ou plusieurs des parties. En revanche, il existe deux facteurs qui désignent la Cour fédérale comme le tribunal approprié pour juger cette action, soit la participation de Portland et la position de Delmar. Portland a participé activement au présent litige en obtenant la mainlevée de la saisie du navire et en versant le cautionnement fixé par la cour. Même si la comparution a été faite sous réserve de la compétence de la cour, le dépôt du cautionnement constituait une renonciation à cette réserve. Quant à Delmar, son seul actif était le navire saisi et les seuls fonds alors disponibles pour assurer

asset and the only fund then available anywhere to respond to a judgment against it was the bail bond in the Federal Court. The action is not limited to a claim for possession of the ship since there is a joint and several claim between the respondent Companies which would probably exceed \$2,000,000. In the event of the appellant's success in this action recovery could not be had against Delmar in any court other than the Federal Court.

The Federal Court erred in principle in refusing to exercise its jurisdiction under Rule 307 on the sole ground that the cause of action had no relation or connection with Canada.

Per Laskin C.J., dissenting: There are two grounds upon which this appeal should be dismissed. First, the appeal to this Court has been brought from an affirmation of an admittedly discretionary order, and it is rare for this Court to interfere on a discretionary matter of procedure, especially when there have been concurrent decisions below. The consequences for an adjudication on the merits resulting from this Court's refusal to interfere do not justify a substitution of discretion especially when the courts below cannot be said to have erred in any matter of principle. Secondly, even if it is acknowledged that the Federal Court has jurisdiction to hear the action *in rem*, considerations of comity and considerations of forum convenience are strongly against a direction of this Court for service *ex juris* upon Delmar or upon Portland.

The plaintiff and the defendants are foreign and the only contact of any of the issues between those parties with Canada lies in the arrest of the ship in a Canadian port. The arrest of the foreign ship, unless it was made to enforce an asserted maritime lien, does not authorize the Federal Court to extend Rule 307 so far as to allow a foreign plaintiff to pursue one or more claims against a foreign defendant when none of the incidents giving rise to the claims arose in Canada or had any contact with Canada. Furthermore, there is no nexus between the action *in rem* and the claims joined therein for personal relief. The appellant is not the acknowledged owner of the ship and any claim to the ship itself depends on a prior determination of the validity of the contract of sale on which the appellant relies. The personal claims would not, taken alone, be entertained by the Federal Court against a foreign defendant who was not served here and who did not submit to the jurisdiction. The arrest of the ship in Canada, the

l'exécution d'un jugement contre elle se trouvaient être le cautionnement versé à la Cour fédérale. L'action ne se limite pas à réclamer la possession du navire car il existe une réclamation conjointe et solidaire entre les compagnies intimées qui excéderait probablement la somme de \$2,000,000. Si l'appelante avait gain de cause, aucun autre tribunal que la Cour fédérale ne pourrait assurer l'exécution du jugement contre Delmar.

C'est une erreur sur une question de principe qu'a commise la Cour fédérale en refusant d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui accorde la règle 307 uniquement parce que la cause d'action n'a aucun rapport ni lien avec le Canada.

Le juge en chef Laskin, dissident: Deux motifs justifient le rejet du pourvoi. Tout d'abord, la Cour est saisie d'un pourvoi interjeté contre la confirmation d'une décision reconnue comme discrétionnaire et cette Cour s'imisce rarement dans une question discrétionnaire touchant la procédure, particulièrement lorsque les cours d'instance inférieure ont rendu des décisions concordantes. Même si, en refusant d'intervenir, la question ne pourra pas être jugée au fond, cela ne justifie pas que cette Cour substitue sa juridiction à celle des cours d'instance inférieure, surtout lorsqu'on ne peut démontrer qu'elles ont rendu une décision erronée sur le droit applicable. Deuxièmement, même en admettant que la Cour fédérale soit compétente à entendre l'action *in rem*, des raisons de courtoisie internationale et de compétence judiciaire s'opposent vigoureusement à ce que cette Cour ordonne la signification *ex juris* à l'égard de Delmar ou de Portland.

La demanderesse et les défenderesses sont étrangères, et la saisie du navire dans un port canadien est le seul lien que les questions litigieuses entre parties aient avec le Canada. La saisie du navire étranger, à moins qu'elle ne vise à faire valoir un privilège maritime, ne permet pas à la Cour fédérale d'étendre la portée de la règle 307 au point d'autoriser une demanderesse étrangère à faire valoir contre une défenderesse étrangère une ou plusieurs demandes de redressement qui se fondent sur des incidents dont aucun ne s'est produit au Canada ou n'a à faire avec le Canada. Il n'y a pas, non plus, de lien entre l'action *in rem* et les recours *in personam* qui y sont joints. L'appelante n'est pas propriétaire reconnue du navire et toute prétention à cette propriété est subordonnée à une décision préalable portant sur la validité du contrat de vente sur laquelle elle s'appuie. Abstraction faite de la saisie, la Cour fédérale n'entendrait pas les actions personnelles contre une défenderesse étrangère qui n'a pas reçu signification au Canada et qui n'a pas

validity of which has not yet been established, does not alter the situation.

[*Vitkovice Horni v. Korner*, [1951] A.C. 869; *C.A.P.A.C. v. International Good Music*, [1963] S.C.R. 136; *The Jupiter (No. 2)*, [1925] P. 69; *Société générale de Paris v. Dreyfus Brothers* (1887), 37 Ch. D. 215; *G.A.F. v. Amchem*, [1975] 1 Lloyd's Rep. 601; *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* (1947), 330 U.S. 501; *The Atlantic Star* (1973), 2 All. E.R. 175; *La Société du Gaz de Paris v. La Société Anonyme de Navigation*, [1926] S.C. (H.L.) 13; *Dunbar & Sullivan Dredging Co. et al. v. The Ship "Milwaukee"* (1907), 11 Ex. C. R. 179, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal affirming the decision of the Trial Division judge dismissing a motion for an order of service *ex juris*. Appeal allowed, Laskin C.J. dissenting.

R. Langlois and *G. Vaillancourt* for the appellant.

G. de Billy, Q.C., and *S. Harrington* for the respondents.

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—This appeal concerns the *in rem* jurisdiction of the Federal Court of Canada on its admiralty side, the joinder of claims for personal remedies in the *in rem* proceedings against Court-added foreign defendants and the propriety of leave to serve those defendants *ex juris*. It comes here by leave of this Court to enable the appellant plaintiff to challenge the judgment of the Federal Court of Appeal affirming the order of Pratte J. in the Federal Court, Trial Division, refusing leave for service *ex juris* upon the defendants Delmar Shipping Co. Ltd. and Portland Shipping Company Inc.

The Ship "Capricorn" (renamed the "Alliance" during the unfolding of the issues herein), a ship of Liberian registry, was arrested in the Port of Quebec on June 7, 1973 pursuant to a warrant of arrest issued at the instance of the appellant plaintiff, a Liberian corporation, claiming to be owner of the ship and entitled to its

acquiescé à la compétence de la Cour. La saisie du navire au Canada, dont le bien-fondé n'est pas encore établi, ne modifie pas la situation.

[Arrêts mentionnés: *Vitkovice Horni v. Korner*, [1951] A.C. 869; *C.A.P.A.C. c. International Good Music*, [1963] R.C.S. 136; *The Jupiter (n° 2)*, [1925] P. 69; *Société générale de Paris v. Dreyfus Brothers* (1887), 37 Ch. D. 215; *G.A.F. v. Amchem*, [1975] 1 Lloyd's Rep. 601; *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* (1947), 330 U.S. 501; *The Atlantic Star* (1973), 2 All. E.R. 175; *La Société du Gaz de Paris v. La Société Anonyme de Navigation*, [1926] S.C. (H.L.) 13; *Dunbar & Sullivan Dredging Co. et autres c. Le navire «Milwaukee»* (1907); 11 R.C. de l'É. 179.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a confirmé la décision du juge de la Division de première instance rejetant une requête pour une ordonnance de signification *ex juris*. Pourvoi accueilli, le juge en chef Laskin étant dissident.

R. Langlois et *G. Vaillancourt*, pour l'appelante.

G. de Billy, c.r., et *S. Harrington*, pour les intimés.

LE JUGE EN CHEF (*dissentant*)—Ce pourvoi a trait à la compétence *in rem* de la Cour fédérale du Canada siégeant en amirauté, à la jonction des demandes de redressements personnels dans les procédures *in rem* contre les défenderesses étrangères dont la cour a autorisé l'adjonction et à l'opportunité de la signification *ex juris* à leur égard. La Cour suprême a consenti à être saisie de cette affaire pour permettre à la demanderesse appelante de se pourvoir contre un jugement de la Cour d'appel fédérale confirmant l'ordonnance du juge Pratte, de la Division de première instance de la Cour fédérale, par laquelle il refuse d'accorder la signification *ex juris* à l'égard des défenderesses Delmar Shipping Co. Ltd. et Portland Shipping Company Inc.

Le navire «Capricorn» (qui est devenu l'«Alliance» au cours du différend qui nous occupe), immatriculé au Libéria, a été saisi dans le port de Québec le 7 juin 1973 en vertu d'un mandat de saisie décerné à la demande de la demanderesse appelante, une compagnie libérienne, qui affirme être propriétaire du navire et avoir droit à sa

possession. The appellant claims to have purchased the ship from its then owner Delmar, also a Liberian corporation, on or about May 17, 1973 following negotiations between the appellant's Italian brokers and Delmar's English brokers. The appellant's amended declaration states that the appellant had immediately entered into a three year less one day charter of the ship, which was to be delivered to the charterer between July 15, 1973 and August 30, 1973 but that Delmar then purported to withdraw the ship from the market and thereafter purported to sell it to Portland, also a Liberian company, through registration of a bill of sale in the United States on June 5, 1973. The ship was then on the high seas en route to Quebec.

Although bringing *in rem* proceedings against the ship alone, the appellant claimed relief by way of specific performance and damages against Delmar and Portland and, necessarily, also sought a declaration of the nullity of the alleged sale by Delmar to Portland. An appearance "under all legal reserves . . . and especially without admitting the jurisdiction of this Court" was entered by solicitors on behalf of the ship on June 11, 1973. The vessel was subsequently released on June 22, 1973, upon a bail bond in the amount of \$4,000,000 being furnished, the surety acknowledging therein and submitting to the jurisdiction of the Court. Immediately thereafter the solicitors for the ship moved for leave to enter a conditional appearance to object to the jurisdiction of the Court acknowledging in the motion that they were appearing for Portland as well as for the ship but the motion was denied. A later motion to strike out the statement of claim and to set aside the arrest of the ship was likewise denied, and it is the judgment on that motion that lies at the base of the issues that are involved in the present appeal.

I think it important to notice that the matters now before this Court are here before any statement of defence has been filed. They are, moreover, jurisdictional matters and do not turn on any question of what is the proper law to be applied on the substantive questions raised by the statement

possession. L'appelante prétend avoir acheté le navire de son propriétaire à l'époque, la Delmar, compagnie libérienne également, le 17 mai 1973 ou vers cette date, à la suite de pourparlers entre les courtiers maritimes italiens de l'appelante et les courtiers anglais de la Delmar. La déclaration modifiée de l'appelante porte que cette dernière avait immédiatement frété le navire pour une durée de 3 ans moins un jour, le «Capricorn» devant être remis à l'affrèteur entre le 15 juillet et le 30 août 1973; cependant la Delmar a alors prétendu retirer son offre, puis vendre le navire à la Portland, aussi une compagnie libérienne, au moyen de l'enregistrement d'un acte de vente aux États-Unis le 5 juin 1973. Le navire se trouvait alors en haute mer, en route pour Québec.

Bien qu'elle ait intenté une action *in rem* contre le navire seul, l'appelante a demandé redressement par voie d'exécution intégrale et des dommages-intérêts contre la Delmar et la Portland et, forcément, elle a aussi cherché à obtenir une déclaration portant qu'est nulle et non avenue la prétendue vente entre la Delmar et la Portland. Le 11 juin 1973, les avocats du navire ont comparu pour son compte [TRADUCTION] «sous toute réserve légale . . . et particulièrement sans reconnaître la compétence de cette cour». Le 22 juin 1973, la mainlevée de la saisie du navire a été accordée sur versement d'un cautionnement de \$4,000,000, la caution reconnaissant ainsi la compétence de la cour et y acquiesçant. Les avocats représentant le navire ont immédiatement demandé à déposer un acte de comparution conditionnelle afin de s'opposer à la compétence de la cour; dans leur requête, rejetée par la cour, les avocats reconnaissent comparaître pour la Portland aussi bien que pour le navire. Fut également rejetée une requête subséquente en radiation de la déclaration et en annulation de la saisie, et c'est le jugement rendu sur cette requête qui est à la source des points litigieux soulevés dans le présent pourvoi.

Je crois important de souligner que la Cour suprême a été saisie de cette affaire avant dépôt de l'exposé de la défense. De plus, les points en litige se rapportent à la compétence de la cour et n'ont pas trait au droit qu'il faut appliquer aux questions de fond soulevées dans la déclaration mais, évi-

of claim but, of course, the question of choice of law has some relevance. Pratte J., in dismissing the motion to strike out the statement of claim, came to the conclusion in reasons delivered on October 1, 1973¹ (a necessary conclusion if the motion was to be dismissed) that the Federal Court of Canada had jurisdiction over the ship and, more specifically, that (in his words) "the plaintiff's claim, which is a claim for the enforcement of an agreement of sale of a ship, is within the jurisdiction of the Court". He also concluded that in the action as framed, being merely an action *in rem*, it was not open to the appellant to obtain the personal remedies sought against Delmar and Portland, neither of which was impleaded. In his reasons, Pratte J. said this:

The Plaintiff's action was instituted solely against the Defendant ship. Neither Delmar nor Portland were ever impleaded. And even if it can perhaps be argued that Portland has become a party to the action as a consequence of its taking an active part in the proceedings prior to its making the present application, the same thing cannot be said of Delmar.

... I cannot but reach the conclusion that the Plaintiff in this action against the Defendant ship could neither seek an order for specific performance against Delmar nor seek the annulment of the sale made by Delmar to Portland. Moreover, since the Plaintiff's claim for damages is not secured by a maritime lien, the Plaintiff could not arrest the Defendant ship without, at the same time, seeking the annulment of the sale made by Delmar to Portland.

It follows that, from a strict technical point of view, the arrest of the Defendant ship could be set aside and the statement of claim could be struck out in its entirety. However, having in mind that, under Rule 1716 "no action shall be defeated by reason of the misjoinder or nonjoinder of any party", I am of the view that the Plaintiff shall be given leave to add both Delmar and Portland as Defendants provided that the statement of claim be served on these two companies within 60 days of the date of this order.

Pratte J. thereupon made an order that both Delmar and Portland be added as defendants, that all proceedings be stayed for 60 days and that, if in

¹ [1973] C.F. 955.

demment, la question du choix du droit applicable n'est pas sans intérêt. Le juge Pratte, en rejetant la requête en radiation de la déclaration, conclut dans ses motifs rendus le 1^{er} octobre 1973¹ (conclusion inéluctable si la requête devait être rejetée) que le navire est soumis à la compétence de la Cour fédérale du Canada et, plus particulièrement, que (selon ses propres paroles) «l'action intentée par la demanderesse, visant à l'exécution d'un contrat de vente portant sur un navire, relève de la compétence de la Cour». Il conclut également que l'action étant purement une action *in rem*, l'appelante n'était pas fondée à obtenir les redressements personnels réclamés contre la Delmar et la Portland, aucune des compagnies n'étant poursuivie. Dans ses motifs, le juge Pratte déclare:

La demanderesse a intenté son action exclusivement contre le navire défendeur. Elle n'a poursuivi ni la Delmar ni la Portland. Même si l'on peut peut-être soutenir que la Portland est devenue partie à l'action, suite à la part active qu'elle a prise dans les procédures avant de déposer la présente requête, on ne saurait en dire autant de la Delmar.

... Vu ces propositions, je suis obligé de conclure que la demanderesse, dans son action contre le navire défendeur, ne pouvait demander ni une ordonnance d'exécution réelle à l'encontre de la Delmar ni l'annulation de la vente conclue entre la Delmar et la Portland. D'ailleurs, puisque le droit de la demanderesse à des dommages-intérêts n'est pas garanti par un privilège maritime, la demanderesse ne pouvait pas saisir le navire défendeur sans, en même temps, demander l'annulation de la vente conclue entre la Delmar et la Portland.

Il s'ensuit que, d'un strict point de vue technique, il serait possible d'annuler la saisie du navire défendeur et de radier complètement la déclaration. Cependant, compte tenu de la règle 1716 qui dispose que «la validité d'une action n'est pas affectée à cause d'une fausse constitution de partie ou de l'omission de mettre une partie en cause», je considère qu'il convient de permettre à la demanderesse d'adjoindre la Delmar et la Portland à titre de défenderesses à condition que, dans un délai de 60 jours à dater de cette ordonnance, elle signifie la déclaration aux deux compagnies.

Après quoi le juge Pratte ordonne l'adjonction de la Delmar et de la Portland à titre de défenderesses, la suspension de toutes les procédures pen-

¹ [1973] C.F. 955.

the meantime the appellant did not file evidence of service upon the added defendants the statement of claim and the arrest of the ship should be struck out. He concluded his reasons as follows:

What I have just said must not be interpreted as implying the view that the Plaintiff should be given leave to serve *ex juris* in the event of its being unable to have the statement of claim served on Delmar or Portland within Canada.

Having regard to the foregoing order, and since neither Delmar nor Portland appeared to have any presence in Canada, the appellant moved on November 7, 1973 for an order for service upon them *ex juris*. In the meantime, the solicitors for the ship and for Portland had appealed the order of Pratte J. of October 1, 1973, affirming the Court's jurisdiction. The appellant's motion for service *ex juris* was heard by Pratte J. on November 12, 1973 and dismissed with the following endorsement:

As it appears that the subject matter of this action does not have any relation or connection with Canada, the Plaintiff's application to serve 'ex juris' is dismissed with costs.

The next day a notice of appeal from this dismissal to the Federal Court of Appeal was issued by the appellant, and on the same day it also gave notice of intention to cross-appeal from the order of Pratte J. of October 1, 1973. The ship, through its solicitors acting on its behalf alone, thereupon moved to quash and set aside the notice of cross-appeal.

At this stage there were pending in the Federal Court of Appeal an appeal by the ship and by Portland from the order of Pratte J. of October 1, 1973, a notice of intention by the appellant to cross-appeal and a motion to quash the cross-appeal, and an appeal by the appellant from the order of Pratte J. of November 12, 1973 refusing an order for service *ex juris*. The proceedings now took what I can only term an extraordinary turn. Without hearing the parties involved, and addressing himself to the notice of motion to quash the cross-appeal and to the appeal from dismissal of

dant une période de 60 jours et, à l'expiration de cette période, la radiation de la déclaration et l'annulation de la saisie du navire si, dans l'intervalle, la demanderesse n'a pas déposé la preuve de la signification de l'action aux deux nouvelles défenderesses. Il termine ses motifs en disant:

Il ne faut pas interpréter cette décision comme entraînant pour la demanderesse l'autorisation d'effectuer une signification *ex juris* au cas où il lui serait impossible de signifier la déclaration à la Delmar ou à la Portland au Canada.

En raison de l'ordonnance qui précède, et puisque ni la Delmar ni la Portland ne semblaient être représentées au Canada, le 7 novembre 1973 l'appelante a demandé l'autorisation d'effectuer une signification *ex juris*. Dans l'intervalle, les avocats du navire et de la Portland avaient interjeté appel de l'ordonnance du juge Pratte en date du 1^{er} octobre 1973, reconnaissant la compétence de la cour. La requête de l'appelante visant à obtenir la signification *ex juris* a été entendue par le juge Pratte le 12 novembre 1973 et rejetée avec la mention suivante:

[TRADUCTION] Comme il semble que l'objet de cette action n'a aucun rapport ni lien avec le Canada, la requête de la demanderesse visant à obtenir la signification *ex juris* est rejetée avec dépens.

Le lendemain, l'appelante a déposé à la Cour d'appel fédérale un avis d'appel contre ce rejet et, le même jour, elle a aussi donné avis de son intention d'introduire un contre-appel de l'ordonnance rendue par le juge Pratte le 1^{er} octobre 1973. Sur quoi le navire, par l'intermédiaire de ses avocats agissant uniquement en son nom, a réclamé l'annulation de l'avis de contre-appel.

A ce stade, étaient pendants devant la Cour d'appel fédérale un appel de l'ordonnance du juge Pratte en date du 1^{er} octobre 1973 interjeté par le navire et la Portland, un avis d'intention de la part de l'appelante d'introduire un contre-appel, une requête visant à annuler le contre-appel et un appel interjeté par l'appelante contre l'ordonnance du juge Pratte datée du 12 novembre 1973, refusant d'autoriser la signification *ex juris*. Les procédures ont alors pris une tournure pour le moins extraordinaire. Sans entendre les parties en cause, et traitant de l'avis de requête en annulation du

the application for service *ex juris*, the Chief Justice of the Federal Court issued what he designated as a "Memorandum for the Registry" dated November 29, 1973. It was appended as a schedule to a certificate issued on November 30, 1973 by the Deputy Clerk of Process of the Federal Court of Appeal, the certificate referring to and setting out an order of the Chief Justice endorsed on the certificate. I set out the certificate (which is entitled in the two styles of cause referable to the two proceedings aforementioned) in full:

Upon the suggestion of the Chief Justice as expressed in his Memorandum to the Registry dated November 29, 1973 (copy of Memorandum attached as Schedule A to this my certificate) and,

Upon the consent of the solicitors for both parties by telephone to the Registry on November 30, 1973;

I HEREBY CERTIFY that the Chief Justice pronounced and endorsed the following order on the above mentioned memorandum.

ORDER

Pursuant to consents received by the Registry by telephone, I hereby make an order to the effect of paras (a), (b), (c), (d) and (f) *supra* and I order that the appeal on A-200-73 be heard at Quebec City on Monday, December 17, 1973, commencing at 10:30 a.m.

November 30, 1973

W. R. JACKETT
C.J.

DATED AT OTTAWA, this 30th day of November, 1973.

The memorandum, which was the foundation of the certificate and of the order which the certificate incorporated, must also be set out in full to show why the order and the certificate were issued. It is in these words:

FEDERAL COURT DANS LA COUR D'APPEL
OF APPEAL FÉDÉRALE

November 29, 1973.

MEMORANDUM FOR THE REGISTRY:

re: A-169-73 The "Capricorn" v. Antares Shipping—A-200-73 Antares Shipping v. The "Capricorn"

contre-appel et de l'appel interjeté contre le rejet de la demande de signification *ex juris*, le Juge en chef de la Cour fédérale a écrit ce qu'il a appelé une «note de service à l'intention du greffe» datée du 29 novembre 1973. Elle a été jointe à titre de note explicative à un certificat délivré par le greffier adjoint de la Cour d'appel fédérale le 30 novembre 1973; à ce certificat était incorporée une ordonnance du Juge en chef. Je cite intégralement le certificat (qui porte en titre les deux intitulés de cause se rapportant aux deux actions susmentionnées):

[TRADUCTION] Conformément à ce qu'a proposé le juge en chef dans sa note de service à l'intention du greffe en date du 29 novembre 1973 (dont copie est jointe à ce certificat à titre d'annexe A) et,

Sur consentement des avocats des deux parties, communiqué au greffe par téléphone le 30 novembre 1973;

JE DÉCLARE PAR LES PRÉSENTES que le juge en chef a rendu et inscrit sur la note de service susmentionnée l'ordonnance suivante:

ORDONNANCE

Par suite du consentement communiqué par téléphone au greffe, je rends par les présentes une ordonnance conforme aux al. a), b), c), d) et f) (précités) et j'ordonne que l'appel de l'affaire portant le n° du greffe A-200-73 soit entendu à Québec le lundi 17 décembre 1973, à partir de 10 h 30.

Le 30 novembre 1973.

W. R. JACKETT
J.C.

FAIT À OTTAWA, le 30^e jour de novembre 1973.

La note de service, qui était le fondement du certificat et de l'ordonnance qu'il contenait, doit aussi être citée intégralement pour expliquer la raison d'être du certificat et de l'ordonnance. Elle est rédigée en ces termes:

[TRADUCTION]

FEDERAL COURT DANS LA COUR D'APPEL
OF APPEAL FÉDÉRALE

Le 29 novembre 1973.

NOTE DE SERVICE À L'INTENTION DU GREFFE

objet: n° du greffe A-169-73 Le «Capricorn» c. Antares Shipping—n° du greffe A-200-73 Antares Shipping c. Le «Capricorn»

Please communicate with the solicitors for the parties, in the first instance by telephone, and ask them to consider whether there is any advantage in hearing the Appellant's application to quash the Notice of Intention to Cross-Appeal on A-169-73 before the appeal from dismissal of the application for service *ex juris* on A-200-73 is ready for hearing. If there is no such advantage, I suggest that the hearing of the latter appeal be expedited and that the application to quash, which is now set down for December 7, 1973, be deferred for hearing immediately after the result of the appeal on A-200-73 has been finally determined.

As it seems to me on a preliminary reading of the papers, if the refusal of leave to serve *ex juris* is ultimately upheld, either by a decision of this Court or by a decision of the Supreme Court of Canada, the judgment of the Trial Division of October 1st will operate to strike out the action and set aside the arrest of the ship, in which event the Defendant Ship will have got everything sought by its motion to strike and there will be no alternative to its appeal being discontinued or quashed. If that happens and the appeal from the October 1st judgment is discontinued or quashed, there will then be no "appeal" in the Court to act as a foundation for the Rule 1203 Notice of intention to ask, upon the hearing of the "appeal", that the decision that is the subject of the "appeal" be varied and the notice that is the subject of the application to quash will become of no effect.

On the assumption that the offhand view of the matter that I have indicated is correct, it does seem to me that the question as to whether there is going to be compliance with the condition in the October 1st judgment must be settled before there will be any point in hearing the application to quash.

Unless, in my above appraisal of the situation, I am overlooking something, I suggest

- (a) that the motion to quash be adjourned *sine die* subject to paragraph (f);
- (b) that the appeal book on A-200-73 be prepared immediately (this should not take more than a couple of days);
- (c) that the Appellant file and serve his memorandum (Rule 1208) not later than December 6, 1973;
- (d) that the Respondent file his memorandum (Rule 1208) not later than December 12, 1974;
- (e) that the appeal be heard either

Veuillez communiquer avec les avocats des parties, en premier lieu par téléphone, et leur demander d'étudier s'il est préférable d'entendre la demande de l'appelante en annulation de l'avis d'intention d'introduire un contre-appel dans l'affaire portant le n° du greffe A-169-73 avant que l'appel du rejet de la demande visant à obtenir la signification *ex juris* dans l'affaire portant le n° du greffe A-200-73 ne soit prêt pour audition. S'il ne se trouve aucun avantage à agir de la sorte, je propose de procéder rapidement à l'audition du second appel et de reporter l'audition de la demande en annulation, qui doit avoir lieu le 7 décembre 1973, immédiatement après que sera rendue la décision portant sur l'appel interjeté dans l'affaire portant le n° A-200-73.

Après lecture préliminaire des documents, il me semble que si le refus d'autoriser la signification *ex juris* est confirmé, soit par une décision de cette cour ou de la Cour suprême du Canada, le jugement de la Division de première instance en date du 1^{er} octobre entraînera la radiation de l'action et l'annulation de la saisie du navire; cela étant, le navire défendeur aura obtenu tout ce à quoi visait sa requête en radiation et il n'aura pas d'autre solution que d'abandonner ou d'annuler son appel. Si cela se produit et si l'appel du jugement du 1^{er} octobre est abandonné ou annulé, il n'y aura devant la Cour aucun «appel» pouvant servir de fondement à l'avis d'intention de demander, lors de l'audition de l'«appel», que la décision faisant l'objet de l'«appel» soit modifiée (avis donné conformément à la règle 1203) et l'avis faisant l'objet de la demande en annulation s'en trouvera invalide.

Prenant pour acquis que l'opinion spontanée que j'ai exprimée sur le sujet est juste, il me semble qu'il faut régler tout d'abord la question de savoir si l'on se conformera à la condition énoncée dans le jugement du 1^{er} octobre, sans quoi il ne servirait à rien d'entendre la requête en annulation.

A moins qu'en étudiant les faits, des détails m'aient échappé, je propose

- a) que la requête en annulation soit ajournée *sine die* sous réserve du paragraphe f);
- b) que soit préparé immédiatement le dossier d'appel relatif à l'affaire portant le n° A-200-73 (ce qui ne devrait prendre qu'une couple de jours);
- c) que l'appelante dépose et signifie son exposé (règle 1208) au plus tard le 6 décembre 1973;
- d) que l'intimé dépose son exposé (règle 1208) au plus tard le 12 décembre 1974;
- e) qu'il y ait audition de l'appel soit

- (i) at Quebec City or Montreal on Monday, December 17, 1973, commencing at 10:30 a.m., or
- (ii) at Ottawa on Friday, December 14, 1973, commencing at 10:30 a.m.

(f) that the motion to quash be heard on the same day if, after the hearing of the appeal on A-200-73, it appears to be settled that the appeal on A-169-73 is going to proceed.

If the applicant is of the view that there is some substantial reason for proceeding with its motion to quash on December 7, the Court will be ready to hear it in Quebec on that day. Otherwise, I hope that the parties can agree on the arrangement that I have suggested above, in which case, I will so order. I should, of course, be glad to consider any variation in the above, particularly if the parties can agree on it. (If the parties agree on my proposal, I should appreciate it if they would agree on the place and date for hearing of the appeal.)

W. R. JACKETT
Chief Justice

The appeal from the order of Pratte J. of November 12, 1973, refusing to permit service *ex juris*, came before the Federal Court of Appeal on February 25, 1974. It was dismissed by a unanimous Court upon the following oral reasons delivered by Jackett C.J.:

“Assuming, without deciding,

- (a) that the Court has jurisdiction in respect of the cause of action set out in the Declaration, and
- (b) that that cause of action can be enforced by way of an action *in rem* to the extent that relief can be obtained by an action *in rem*,

there is no connection between the same cause of action as against either of the corporate Defendants and Canada that would justify the exercise of the Court's discretion under Rule 307 to order service of the Declaration on such Defendants outside Canada”.

Leave to appeal to this Court from this order of dismissal was given on May 21, 1974. In the interval between the order of dismissal and the granting of leave to come here, another memorandum, this time styled “Memorandum for Counsel”, dated April 9, 1974, was issued by Jackett C.J. This followed upon a notice of appeal filed by the appellant on March 7, 1974, from Pratte J.'s

- (i) à Québec ou à Montréal le lundi 17 décembre 1973 à partir de 10 h 30, ou
- (ii) à Ottawa le vendredi 14 décembre 1973, à partir de 10 h 30.

f) que l'on procède à l'audition de la requête en annulation le même jour si, après avoir entendu l'appel de l'affaire portant le n° A-200-73, il semble décidé que l'on procédera à l'audition de l'appel de l'affaire portant le n° A-169-73.

Si la requérante estime qu'il existe des motifs suffisants pour procéder à l'audition de sa requête en annulation le 7 décembre, la Cour sera prête à l'entendre à Québec ce jour-là. Autrement, j'espère que les parties pourront accepter ce que j'ai proposé plus haut et, si c'est le cas, je rendrai une ordonnance en ce sens. Il va de soi que je prendrai en considération toute modification proposée, particulièrement si les parties peuvent s'entendre à cet égard. (Si les parties acceptent ma proposition, j'aimerais bien qu'elles conviennent du lieu et de la date de l'audition de l'appel.)

W. R. JACKETT
Juge en chef

L'audition de l'appel de l'ordonnance du juge Pratte datée du 12 novembre 1973, refusant d'accorder la signification *ex juris*, a eu lieu devant la Cour d'appel fédérale le 25 février 1974. La Cour a rejeté l'appel à l'unanimité, le juge en chef Jackett prononçant oralement les motifs suivants:

[TRADUCTION] «Prenant pour acquis, sans trancher la question,

- a) que la Cour a compétence en ce qui concerne la cause d'action exposée dans la déclaration, et
- b) que la nature de la cause d'action permet d'intenter une action *in rem* et d'obtenir satisfaction par ce recours,

il n'existe aucune relation entre ladite cause d'action contre l'une ou l'autre des deux compagnies défenderesses et le Canada qui justifie la Cour, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui accorde la règle 307, d'ordonner la signification aux défenderesses à l'extérieur du Canada».

Le 21 mai 1974 était accordée la permission de se pourvoir devant cette Cour de l'ordonnance refusant d'autoriser la signification *ex juris*. Entre le moment où a été rendue l'ordonnance refusant d'accorder la signification *ex juris* et l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême, le juge en chef Jackett a rédigé une autre note de service, datée du 9 avril 1974 et intitulée cette fois «note à

judgment of October 1, 1973 and upon a motion to quash this appeal lodged on behalf of the ship on March 26, 1974. The "Memorandum for Counsel", an unusual document to come from a Judge in respect of a motion returnable some three weeks later, is as follows:

THE FEDERAL COURT OF CANADA
The Chief Justice OTTAWA, K1A 0H9

April 9, 1974

MEMORANDUM FOR COUNSEL

Re: Antares Shipping Corporation v. The Ship
"Capricorn" A-65-74

This is an application by the respondent to quash an appeal from the Trial Division to the Federal Court of Appeal.

The Notice of Appeal, which was filed on March 7, 1974, was filed to launch an appeal from a judgment delivered on October 1, 1973.

An appeal may be brought to this Court from the Trial Division, by virtue of section 27 of the Federal Court Act, by "filing a notice of appeal" within either ten days or thirty days, depending on the sort of appeal from the "pronouncement" of the judgment appealed from or within such further time as the Trial Division may fix or allow.

Obviously this appeal was not launched within thirty days and there is in the Notice of Appeal a statement, supported by affidavit, that the Trial Division has not fixed or allowed any other time limit.

Superficially, it is impossible to imagine any fairly arguable basis for not quashing the appeal, and I am loathe to set up a Court of three judges in Quebec City to hear a motion which would seem to be beyond contestation.

I should appreciate it if counsel would discuss the matter and either

- (a) assure me, through the Registry, that there is some fairly arguable question to be decided, or
- (b) find some other way of disposing of the matter.

W. R. JACKETT
Chief Justice

l'intention des avocats». Cette note faisait suite à un avis d'appel déposé par l'appelante le 7 mars 1974, de la décision qu'avait rendue le juge Pratte le 1^{er} octobre 1973; elle faisait également suite à une requête en annulation de l'appel en question présentée pour le compte du navire le 26 mars 1974. Voici ce que dit la «note à l'intention des avocats», document inhabituel de la part d'un juge en ce qui concerne une requête à présenter quelque trois semaines plus tard:

[TRADUCTION] COUR FÉDÉRALE DU CANADA
Le juge en chef OTTAWA, K1A 0H9

Le 9 avril 1974

NOTE À L'INTENTION DES AVOCATS

Objet: Antares Shipping Corporation c. Le navire
«Capricorn» A-65-74

L'intimé présente une requête en annulation d'un appel d'une décision de la Division de première instance interjeté devant la Cour d'appel fédérale.

L'avis d'appel a été déposé le 7 mars 1974 afin de former un appel d'un jugement prononcé le 1^{er} octobre 1973.

En vertu de l'article 27 de la *Loi sur la Cour fédérale*, un appel d'une décision de la Division de première instance est formé devant cette cour par «le dépôt d'un avis d'appel» dans les 10 jours ou dans les 30 jours, selon la nature de l'appel, à compter «du prononcé» du jugement dont il est fait appel ou dans le délai supplémentaire que la Division de première instance peut fixer ou accorder.

Il est évident que cet appel n'a pas été formé dans les 30 jours susmentionnés et l'avis d'appel porte une déclaration, avec affidavit à l'appui, selon laquelle la Division de première instance n'a fixé ni accordé aucun autre délai.

A première vue, il ne paraît y avoir aucun motif raisonnable pour ne pas annuler l'appel, et il me répugne d'envoyer à Québec trois juges pour entendre une requête qui, semble-t-il, doit être accordée.

J'aimerais que les avocats examinent la question et qu'ils

- a) m'assurent, par l'entremise du greffe, de l'existence d'un point soutenable à trancher ou
- b) trouvent une autre façon de régler l'affaire.

W. R. JACKETT
Juge en chef

Jackett C.J.'s memorandum had its effect because on April 23, 1974 the appellant issued a notice of discontinuance of its proposed appeal from the order of October 1, 1973.

All of the proceedings touching the matter of service *ex juris* and touching the appellant's notice of intention to cross-appeal and its subsequent notice of appeal and the discontinuance thereof left untouched the appeal of the ship and of Portland from the October 1, 1973 order of Pratte J. affirming the Federal Court's *in rem* jurisdiction and its jurisdiction over a claim for enforcement of the alleged agreement for sale of the ship. At the hearing before this Court on the question of service *ex juris*, counsel for the ship and for Portland conceded that the judgment of October 1, 1973 must be taken as well-founded on the question of jurisdiction. It must equally be taken to have been well-founded when the Federal Court of Appeal heard the appeal from Pratte J.'s order of November 12, 1973, refusing to allow service *ex juris*. Since the notice of appeal from the order of October 1, 1973 brought by the respondent ship and by the respondent Portland was dated October 9, 1973, there would have been merit in bringing it on at least as early, if not at the same time as the appeal on the question of service *ex juris*, an appeal which Jackett C.J. forced on under his "Memorandum for the Registry" of November 29, 1973. I say this because the parties have been involved in a series of proceedings extending over two years and no statement of defence has as yet been filed.

Although that extra-curial memorandum took cognizance of the conditional nature of the order of October 1, 1973, so far as its effect on the action and on the arrest was concerned, it was also based on an anticipated decision of this Court in respect of service *ex juris*, and that is not a matter upon which the Federal Court of Appeal should posit any calculations on what its own course of conduct should be with respect to proceedings that are properly before it.

Suite à la note du juge en chef Jackett, l'appelante a présenté, le 23 avril 1974, un avis de désistement de l'appel qu'elle se proposait d'interjeter de la décision du 1^{er} octobre 1973.

Toutes les procédures relatives à la question de la signification *ex juris*, à l'avis qu'à donné l'appelante de son intention d'introduire un contre-appel, à son avis d'appel subséquent et à l'abandon de celui-ci, n'ont pas modifié l'appel qu'ont interjeté le navire et la Portland contre l'ordonnance du 1^{er} octobre 1973. Dans cette décision, le juge Pratte statuait que la Cour fédérale pouvait connaître de l'action *in rem* en l'espèce et que l'action visant à l'exécution du contrat de vente du «Capricorn» relevait aussi de la compétence de la cour. A l'audience devant cette Cour portant sur la signification *ex juris*, les avocats du navire et de la Portland ont concédé qu'il faut reconnaître le bien-jugé de la décision du 1^{er} octobre 1973 en ce qui concerne la question de la compétence. Il faut également reconnaître son bien-jugé lorsque la Cour d'appel fédérale a entendu l'appel de la décision du juge Pratte datée du 12 novembre 1973, refusant d'autoriser la signification *ex juris*. Puisque l'avis d'appel de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1973 qu'ont présenté le navire appelant et l'intimée Portland portait la date du 9 octobre 1973, il y aurait eu avantage à le former au moins aussitôt sinon en même temps que l'appel portant sur la question de la signification *ex juris*, appel dont le juge en chef Jackett a hâté l'audition par sa «note à l'intention du greffe» datée du 29 novembre 1973. Je dis cela parce que les parties se sont engagées dans une série de procédures qui s'étendent sur une période de plus de deux ans sans que la défense n'ait déposé d'exposé.

Bien que la note extra-judiciaire prît acte de la nature conditionnelle de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1973 quant à ses répercussions sur l'action et la saisie, elle préjugait aussi de la décision de cette Cour à l'égard de la signification *ex juris*; or, la Cour d'appel fédérale ne devrait pas faire des hypothèses sur sa ligne de conduite à l'égard de procédures régulièrement engagées devant elle.

Neither Pratte J. nor the Federal Court of Appeal gave any extended reasons for their decisions on the question of service *ex juris*. There was no reference to the Federal Court Rules which, in my view, have an important bearing on the question. Division G of the Federal Court Rules consists of "Special Rules for Admiralty Proceedings", the Court being invested with admiralty jurisdiction under s. 22 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. Rule 1001 provides that "except to the extent that they are inconsistent with a rule in this Division, the rules applicable to other proceedings are applicable to Admiralty proceedings". One of these not inconsistent rules is Rule 1716 under which Pratte J. acted in his judgment of October 1, 1973 in ordering that Delmar and Portland be added as defendants. It provides that no action shall be defeated by reason of the misjoinder or nonjoinder of any party, and it goes on to provide, *inter alia*, that the Court may order the joinder of a party (in the case of a defendant, his or its consent is not required) where necessary to ensure that all matters in dispute in the action may be effectually and completely determined.

Rule 1002(7) provides that "subject to the rules applicable to joinder of causes of action, proceedings *in rem* may be joined in the same action with proceedings *in personam*". I do not read this as requiring any particular sequence of proceedings, so that, apart from any question of proper joinder of causes of action or parties or of service *ex juris*, there is no fatal defect in the present proceedings in the joinder of personal claims in the *in rem* proceedings. I should say here that the association of personal claims with the *in rem* proceedings was not, as such, attacked in this Court.

In short, I am of the opinion that the judgment of Pratte J. of October 1, 1973 must be taken, for present purposes, as determining in favour of the appellant any question as to the frame of the action and as to the claims for relief. I think it

Ni le juge Pratte ni la Cour d'appel fédérale ne se sont étendus sur les motifs de leur décision à l'égard de la signification *ex juris*. On ne trouve aucune mention des Règles de la Cour fédérale qui, selon moi, ont une grande portée sur la question. Le Chapitre G des Règles de la Cour fédérale se compose de «Règles spéciales de procédure en amirauté», l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10 conférant à la Cour compétence en matière d'amirauté. La règle 1001 prévoit que «sauf dans la mesure où elles sont incompatibles avec une règle du présent Chapitre, les règles applicables aux autres procédures sont applicables aux procédures en Amirauté». L'une de ces règles pertinentes en l'espèce est la règle 1716 sur laquelle s'est fondé le juge Pratte dans sa décision du 1^{er} octobre 1973 lorsqu'il a ordonné l'adjonction de la Delmar et de la Portland à titre de défenderesses. La règle prévoit que la validité d'une action n'est pas affectée à cause d'une fausse constitution de partie ou de l'omission de mettre une partie en cause. Elle précise notamment que la Cour peut ordonner qu'une personne soit constituée partie (lorsqu'il s'agit d'un défendeur, son consentement n'est pas requis) lorsque sa présence est nécessaire pour assurer qu'on pourra valablement et complètement juger toutes les questions en litige dans l'action.

La règle 1002(7) prévoit que «sous réserve des règles applicables à un cumul de causes d'action, des procédures *in rem* peuvent être jointes dans la même action, à des procédures *in personam*». On ne semble exiger aucun ordre particulier de procédures de sorte que, mise à part la question relative au cumul régulier des causes d'actions, à l'adjonction des parties ou à la signification *ex juris*, le fait de joindre des réclamations personnelles aux procédures *in rem* n'entraîne aucun vice de forme irrémédiable dans les présentes procédures. Je dois ajouter que la jonction des réclamations personnelles aux procédures *in rem* n'a pas, en tant que telle, été attaquée devant cette Cour.

Bref, j'estime qu'aux fins présentes, il faut interpréter la décision rendue par le juge Pratte le 1^{er} octobre 1973 comme tranchant en faveur de l'appelante toute question relative à la forme de l'action et aux demandes de redressement. Par consé-

unnecessary therefore to dwell on whether jurisdiction arises under s. 22(1) or under s. 22(2) of the *Federal Court Act*, or to consider the application of s. 22(3), s. 43(1)(2)(3) or s. 44. The only question to be determined is whether, jurisdiction *in rem* being established and claims for relief *in personam* being properly joined, the foreign defendants may be subject to service *ex juris*.

Such service is dealt with in Rule 307 of the Federal Court Rules. It is couched in the most general of terms, as follows:

RULE 307. (1) When a defendant, whether a Canadian citizen, British subject or a foreigner, is out of the jurisdiction of the Court and whether in Her Majesty's dominions or in a foreign country, the Court, upon application, supported by affidavit or other evidence showing that, in the belief of the deponent, the plaintiff has a good cause of action, and showing in what place or country such defendant is or probably may be found, may order (Form 5) that a notice of the statement of claim or declaration may be served on the defendant in such place or country or within such limits as the Court thinks fit to direct. (Form 6)

(2) An order under paragraph (1) shall fix a time, depending on the place of service, within which the defendant is to file his defence or obtain from the Court further time to do so.

(3) If any problem arises concerning service of an originating document in a matter other than an action, an application may be made to the Court for directions.

On its face Rule 307 leaves the matter of service *ex juris* completely in the discretion of the Court. There is no specification of the cases in which such service may be ordered, not even any standards by which the discretion is to be guided. Prior to the promulgation of Rule 307 and prior to the establishment of the Federal Court, service *ex juris* in the predecessor Exchequer Court of Canada was governed by s. 75 of the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98, now repealed, and by Rule 76 of the Exchequer Court Rules, also now repealed. These provisions did not differ substantially from the present Rule 307, and likewise gave no guidance as to what situations might justify an order

quent, il est, à mon avis, inutile de se demander si la compétence découle du premier ou du second paragraphe de l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou d'envisager l'application du par. 3 de l'art. 22, celle des par. 1, 2 et 3 de l'art. 43 ou encore celle de l'art. 44. La seule question à régler est de savoir si, la compétence *in rem* étant établie et les demandes de redressement *in personam* ayant à bon droit fait l'objet d'un cumul, les défenderesses étrangères peuvent être assujetties à la signification *ex juris*.

La règle 307 des Règles de la Cour fédérale traite de ce genre de signification. Elle est rédigée dans les termes les plus généraux:

RÈGLE 307. (1) Lorsqu'un défendeur, qu'il soit citoyen canadien, sujet britannique ou étranger, est à l'extérieur du ressort de la Cour, qu'il soit dans un des dominions de Sa Majesté ou dans un pays étranger, la Cour, sur demande, appuyée par affidavit ou autre preuve indiquant que, à la connaissance du déposant, le demandeur a une bonne cause d'action, et indiquant en quel lieu ou pays se trouve certainement ou probablement ce défendeur, pourra rendre une ordonnance (Formule 5) à l'effet qu'un avis de la déclaration peut être signifié au défendeur dans le lieu ou pays ou dans les limites géographiques que la Cour jugera à propos de prescrire. (Formule 6).

(2) Une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) doit fixer, en tenant compte du lieu de la signification, un délai dans lequel le défendeur doit déposer sa défense ou obtenir de la Cour une prolongation du délai pour le faire.

(3) En cas de difficulté en matière de signification d'un acte introductif d'une instance autre qu'une action, des instructions peuvent être demandées à la Cour.

A première vue, la règle 307 laisse à l'entière discrétion de la Cour la question de la signification *ex juris*. Nulle mention n'est faite des cas où l'on peut ordonner cette signification, nul critère n'est établi pouvant servir de guide à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Avant la promulgation de la règle 307 et avant l'érection de la Cour de l'Échiquier du Canada en la Cour fédérale, la signification *ex juris* était régie par l'art. 75 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1952, c. 98, aujourd'hui abrogée, et par la règle 76 des Règles de la Cour de l'Échiquier, également abrogées. Ces dispositions ne différaient pas sensiblement de celles de la règle 307 actuelle, et elles ne

for service *ex juris*. However, the Exchequer Court on its admiralty side did have prescribed standards under Rule 20 of the Admiralty Rules, promulgated under the *Admiralty Act*, R.S.C. 1952, c. 1, s. 31(1)(a), and likewise in force under the later revision of the Act in R.S.C. 1970, c. A-1, s. 31(1)(a). The *Admiralty Act* was repealed upon the coming into force of the *Federal Court Act* by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 64(1), and with the repeal the Admiralty Rules likewise ceased to have effect.

The former admiralty jurisdiction vested in the Exchequer Court under the now repealed *Admiralty Act* was vested in the *Federal Court Act* under s. 22 of its constituent Act, and in the promulgation by the Federal Court of its rules of practice and procedure a separate division, Division G, was devoted to special rules for admiralty proceedings. Nothing is said therein as to service *ex juris*; there is, however, a general referential Rule 1001 which provides that except as to inconsistency with a rule in Division G, "the rules applicable to other proceedings are applicable to Admiralty proceedings". In short, it is Rule 307 which governs in the issue before this Court. There was a canvass of this situation recently by Collier J. of the Federal Court in *Oy Nokia Ab v. The Ship "Martha Russ"*², which was an *in personam* action only where there had been no arrest of the ship in the jurisdiction and, failing any other nexus in respect of the claim made for damages to cargo transhipped to Canada by another vessel, service *ex juris* on the owner of the ship was set aside.

To a large extent, Collier J. was concerned in the *Martha Russ* case with whether there was jurisdiction in the substantive sense, *i.e.* in respect of the subject matter of the action, although this spilled over, on the facts of the case, into a question of procedural jurisdiction over foreign defendants. He rightly pointed out the concern generally

² [1973] F.C. 394.

laissaient pas non plus entrevoir quelles circonstances pouvaient justifier la signification *ex juris*. Toutefois, la Cour de l'Échiquier, en sa compétence d'amirauté, avait des critères prévus aux termes de la règle 20 des Règles d'amirauté, promulguées en vertu de la *Loi sur l'Amirauté*, S.R.C. 1952, c. 1, art. 31(1)a), et maintenues en vigueur lors de la révision subséquente de la Loi dans les S.R.C. 1970, c. A-1, art. 31(1)a). La *Loi sur l'Amirauté* a été abrogée par l'entrée en vigueur de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.) c. 10, art. 64(1), ce qui a entraîné la suppression des règles d'amirauté.

L'ancienne compétence d'amirauté dont était investie la Cour de l'Échiquier en vertu de la *Loi sur l'Amirauté*, maintenant abrogée, a été transmise à la Cour fédérale aux termes de l'art. 22 de sa loi organique. Lorsqu'elle a promulgué ses règles de pratique et de procédure, la Cour fédérale a consacré un chapitre distinct, le Chapitre G, aux règles spéciales pour les procédures en amirauté. On n'y fait pas mention de la signification *ex juris*; toutefois, la règle 1001 prévoit que sauf dans la mesure où elles sont incompatibles avec une règle du Chapitre G, «les règles applicables aux autres procédures sont applicables aux procédures en Amirauté». Bref, le point litigieux dont cette Cour est saisie est régi par la règle 307. Récemment, le juge Collier de la Cour fédérale s'est livré à une étude exhaustive du sujet dans *Oy Nokia Ab v. The Ship "Martha Russ"*²; il s'agissait d'une action *in personam* uniquement n'ayant pas entraîné la saisie du navire dans le ressort de la cour et, en l'absence d'un autre lien rattachant à la compétence de la cour la réclamation pour avaries causées à la cargaison transportée au Canada après transbordement à bord d'un autre bateau, la cour a annulé la signification *ex juris* qui avait été faite au propriétaire du navire.

Dans l'affaire *Martha Russ*, le juge Collier devait principalement décider si la Cour avait compétence quant au fond, c'est-à-dire en ce qui concerne l'objet de cette action, bien que, vu les faits en l'espèce, l'affaire se soit transformée en une question de compétence à l'égard de défendeurs étrangers. Il a souligné justement que la

² [1973] C.F. 394.

noted in relevant cases about drawing foreign defendants into the local forum by service out of the jurisdiction under local rules (with consequent strain on international comity) even where there is express authorization under the local rules to do so. This consideration was likewise stressed by the Federal Court of Appeal in sustaining the order of Collier J. setting aside the direction for service *ex juris*³.

The Federal Court of Appeal in the *Martha Russ* case noted, and I agree, that Rule 307 allows the Court to exercise its discretion as to service *ex juris* at large; and, clearly, the question of *forum conveniens* is integral to the exercise of that discretion. Known specifications of situations in which service *ex juris* may be ordered, such as those under former Admiralty Rule 20, or those under Ontario Rule 25 or under English Order XI, will no doubt continue to offer guidelines, but Rule 307 reflects a deliberate decision in favour of flexibility without compartmentalization, thus leaving questions of service *ex juris* to a disciplined discretion, with necessary regard to whether the local forum is a proper one in the light of all the circumstances attending the issues in dispute.

A guideline offered by old Admiralty Rule 20(d), and the similar Ontario Rule 25(1)(f) and the English Rule 1(e) of Order XI, requires adaptation and extension of its provisions to be the basis for an order for service *ex juris* here. The rule provides for such service where “any person out of the jurisdiction is a necessary or proper party to an action properly brought against some other person duly served within the [jurisdiction]”. This presupposes that there is a party who has been properly served in the ordinary course within the jurisdiction, and not a foreign defendant who has, say by entering an appearance, submitted to the jurisdiction, or whose appearance has been

jurisprudence pertinente témoigne de la répugnance qu’ont les tribunaux à assujettir à leur compétence, en vertu de règles du lieu et par voie de signification en dehors du ressort, des défendeurs étrangers (sans oublier la tension que ce procédé impose au bon accord entre les nations) et cela même quand les règles du lieu permettent expressément ce recours. La Cour d’appel fédérale a également insisté sur cette préoccupation lorsqu’elle a confirmé la décision du juge Collier annulant les instructions relatives à la signification *ex juris*³.

Dans l’arrêt *Martha Russ*, la Cour d’appel fédérale a fait remarquer, et je suis d’accord sur ce point, que la règle 307 permet à la Cour d’exercer sa discrétion de façon générale en ce qui concerne la signification *ex juris*; il est d’ailleurs clair que la question du *forum conveniens* fait partie intégrante de l’exercice de cette discrétion. Les cas typiques bien connus où l’on peut se prévaloir de la signification *ex juris*, tels ceux que décrit la règle 20 des anciennes Règles d’Amirauté, la règle 25 des Règles de l’Ontario ou l’ordonnance XI des règles anglaises, continueront certainement à offrir des indications, mais la règle 307 témoigne bien que l’on a opté délibérément pour une souplesse qu’aucun cloisonnement ne vient amoindrir. Cette attitude consacre donc en matière de signification *ex juris* l’exercice d’une discrétion disciplinée dans laquelle entre le souci de s’assurer de la compétence du tribunal du lieu, à la lumière de toutes les circonstances entourant les points en litige.

Si l’on s’en rapporte à l’indication qu’offre l’ancienne règle 20d) des Règles d’amirauté, de même que l’al. f) du par. (1) de la règle 25 des Règles de l’Ontario et la règle anglaise (1e) de l’ordonnance XI, les dispositions de la règle 20 devraient être adaptées et leur portée étendue pour servir de fondement en l’espèce à une ordonnance portant signification *ex juris*. La règle prévoit le recours à cette signification lorsque [TRADUCTION] «on considère qu’une personne se trouvant hors du ressort doit être adjointe à titre de partie dans le cas d’une affaire intentée à bon droit contre une personne qui a dûment reçu la signification dans les limites du [ressort]». Cela présup-

³ [1974] 1 F.C. 410.

³ [1974] C.F. 410.

compelled as it has been here: see Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (9th ed. 1973), at pp. 191-192. The matter is germane to the position of Delmar *vis-à-vis* Portland. The arrangements made by Portland for a bond in the *in rem* action necessarily involved it in an appearance, albeit not by a formal entry, and with a consequent submission to the jurisdiction: see Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (9th ed. 1973), p. 201; 1 *British Shipping Laws, Admiralty Practice* (1964), para. 324, p. 141. This, however, under the construction put on Admiralty Rule 20(d), and its counterparts elsewhere, is not enough to justify an order to serve Delmar as a necessary or proper party. I see no reason, however, why the application of Rule 307 should be limited by such strict considerations as obtain under the old Admiralty Rule and its counterparts, if in fact there has been a voluntary submission to the jurisdiction by one foreign co-defendant and the other one is, indeed, a necessary or proper party in respect of the relief claimed *in personam* against both.

Neither Pratte J. nor the Federal Court of Appeal appears to have looked upon Portland as having submitted to the jurisdiction in respect of the action *in personam*. In view of the joinder of the claims for *in personam* relief with the claim *in rem* (the joinder not being attacked), it would appear to me to be a necessary consideration on the issue of service *ex juris* whether the Court in the exercise of its discretion would entertain the suit *in rem*. There is no dispute that, in the abstract, the Federal Court has statutory jurisdiction over the claims for relief, but this does not conclude either the question whether the jurisdiction should be exercised or the question whether leave for service *ex juris* should be granted. I point to two grounds upon which I think that this appeal

pose qu'il existe une partie ayant reçu signification régulière d'un acte introductif d'instance de la façon habituelle à l'intérieur du ressort, et non un défendeur étranger qui, disons par le dépôt d'un acte de comparution, a acquiescé à la compétence de la Cour, ou qui a été forcé à comparaître, comme c'est ici le cas: voir Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (9^e éd. 1973), aux pp. 191 et 192. Ce point est pertinent à la situation de la Delmar vis-à-vis de la Portland. Les mesures qu'a prises la Portland dans l'action *in rem* pour le versement d'un cautionnement entraînaient nécessairement sa comparution, même si ce n'était pas au moyen du dépôt d'un acte de comparution, et, par voie de conséquence, la soumettaient à la compétence de la Cour: Voir Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (9^e éd. 1973), à la p. 201; 1 *British Shipping Laws, Admiralty Practice* (1964), par. 324, à la p. 141. Toutefois, vu le sens accordé à la règle 20 a) des Règles d'Amirauté et à ses pendants, cela ne suffit pas à justifier la signification *ex juris* contre la Delmar en qualité de partie nécessaire ou appropriée. Cependant, je ne vois pas pourquoi l'application de la règle 307 devrait être limitée par des considérations aussi étroites que celles qui découlent de l'ancienne règle d'amirauté et dans ses pendants, si de fait l'une des co-défenderesses étrangères s'est volontairement soumise à la compétence de la cour et si l'autre est réellement une partie nécessaire et appropriée en ce qui concerne le redressement réclamé *in personam* contre elles deux.

Ni le juge Pratte ni la Cour d'appel fédérale ne semblent avoir considéré que la Portland ait acquiescé à la compétence de la cour en ce qui concerne l'action *in personam*. Vu la jonction des demandes de redressement *in personam* avec la réclamation *in rem* (ce cumul n'étant pas attaqué), il me semble qu'avant de trancher la question de la signification *ex juris*, il faut se demander si la cour, dans l'exercice de sa discrétion, accepterait d'entendre l'action *in rem*. Il n'est pas contesté qu'en principe, la Cour fédérale peut connaître des demandes de redressement en cause, mais cela ne nous dit pas si elle devrait exercer la compétence dont elle dispose ni si elle devrait autoriser la signification *ex juris*. Je vois deux motifs justifiant, me semble-t-il, le rejet de ce pourvoi. Tout

should be dismissed. First, the appeal to this Court has been brought from an affirmation of an admittedly discretionary order, and it is rare for this Court to interfere on a discretionary matter of procedure, especially when there have been concurrent decisions below. I appreciate the consequences here for an adjudication on the merits if this Court should refuse to interfere but that does not justify a substitution of discretion especially when, in my view, the Courts below cannot be said to have erred in any matter of principle. Second, and dealing with the question at issue as one fully open to this Court, I think that considerations of comity and considerations of forum convenience are strongly against a direction of this Court for service *ex juris* upon Delmar or upon Portland.

We have here a foreign plaintiff as well as foreign defendants, and the only contact of any of the issues between those parties with Canada lies in the arrest of the ship in a Canadian port. It would be one thing if that arrest was made to enforce an asserted maritime lien but no such lien exists in the present case, and the plain fact is that the arrest was a coercive act to compel appearance (see *The Heinrich Bjorn*⁴, at pp. 53-54) without any other incident relating either to parties or to issues that would connect it with the territorial jurisdiction of the Federal Court. When Pratte J. concluded that the Federal Court had jurisdiction over the ship he was asserting territorial jurisdiction only without (as his later decision on service *ex juris* showed) any determination that jurisdiction as to the claims for relief should be taken in respect of the parties named in the proceedings.

A court like the Federal Court, invested with statutory jurisdiction to entertain specified claims for relief, cannot reasonably extend Rule 307 so far as to allow a foreign plaintiff to pursue one or more of such claims against a foreign defendant by giving leave to serve him *ex juris* when none of the

⁴ (1885), 10 P.D. 44.

d'abord, nous sommes saisis d'un pourvoi interjeté contre la confirmation d'une décision reconnue comme discrétionnaire et cette Cour s'immisce rarement dans une question discrétionnaire touchant à la procédure, particulièrement lorsque les cours d'instance inférieure ont rendu des décisions concordantes. Si cette Cour refuse d'intervenir, il est bien évident que la question ne pourra pas être jugée au fond. Par contre, ceci ne justifie pas que nous substituions notre juridiction à celle des cours d'instance inférieure, surtout si, comme c'est mon avis en l'espèce, on ne peut démontrer qu'elles aient rendu une décision erronée sur le droit applicable. Deuxièmement, et je traite de la question en litige comme d'une question entièrement du ressort de cette Cour, je crois que des raisons de courtoisie internationale et de compétence judiciaire s'opposent vigoureusement à ce que cette Cour ordonne la signification *ex juris* à l'égard de la Delmar ou de la Portland.

En l'espèce, la demanderesse ainsi que les défenderesses sont étrangères, et la saisie du navire dans un port canadien est le seul lien que les questions litigieuses entre les parties aient avec le Canada. Ce serait différent si la saisie avait eu lieu dans le but de faire valoir un privilège maritime, mais en l'espèce il n'en existe aucun. A la vérité, la saisie visait à contraindre les défenderesses à comparaître (voir *The Heinrich Bjorn*⁴, aux pp. 53 et 54) sans qu'il y ait d'autres incidents relatifs soit aux parties soit aux questions en litige qui la rattacheraient à la compétence territoriale de la Cour fédérale. Lorsque le juge Pratte a conclu que la Cour fédérale avait compétence à l'égard du navire, il ne déclarait que la compétence territoriale de la cour sans (comme l'a montré plus tard sa décision portant sur la signification *ex juris*) statuer qu'elle avait aussi compétence à l'égard des parties nommées dans les procédures et pouvait juger les demandes de redressement.

Une cour comme la Cour fédérale, à qui le Parlement a accordé le pouvoir de juger des demandes de redressement déterminées, ne peut étendre la portée de la règle 307 au point de permettre à une demanderesse étrangère de faire valoir contre une défenderesse étrangère une ou

⁴ (1885), 10 P.D. 44.

incidents allegedly giving rise to the claims arose in Canada or had any contact with Canada. In short, merely because the Federal Court is competent under its governing statute to entertain certain causes of action, it does not follow that this alone can be a proper basis for directing service *ex juris* under Rule 307. It would be an astonishing gloss to put upon that Rule and a rejection of all considerations of international comity.

If the claims for relief here are considered without taking into consideration the presence of the ship in Canada, I can see no possible ground upon which a court in this country could properly assert jurisdiction over the parties by way of giving leave for service *ex juris*. Does then the arrest of the ship in a Canadian port alter the situation when its ownership and possession are claimed under a contract of sale made out of Canada but whose enforcement is sought in a Canadian Court? Unless the arrest of the foreign ship is made to enforce a maritime lien, which is not this case, I see no ground upon which a foreign plaintiff can be given leave to serve a foreign defendant *ex juris* if there are no contacts with the local forum apart from the arrest.

Although, perforce, no statement of defence has been filed, I cannot shut my eyes to the fact that the ship is also claimed by Portland under another contract of sale, also made out of Canada. So far as this Court is aware, no proceedings for the relief sought here are pending elsewhere, but there are three places where such proceedings may more appropriately be brought than in Canada. The parties here are all Liberian companies and the ship is of Liberian registry; and the places where the two competing contracts were allegedly entered into (I need not decide here what those places are) are also likely forums, additionally because some at least of those persons who allegedly negotiated the contracts would be found there. This Court was not told that any necessary witnesses in the action were in Canada, and I can

plusieurs demandes de redressement comme celles susmentionnées en autorisant la signification *ex juris* lorsqu'aucun des incidents qui auraient donné naissance aux réclamations ne s'est produit au Canada ou n'a à faire avec le Canada. Bref, le seul fait que la loi la régissant lui accorde le pouvoir de juger certaines causes d'action, ne permet pas de conclure que la Cour fédérale peut autoriser la signification *ex juris* en vertu de la règle 307. Le croire serait commettre une grave erreur d'interprétation et faire fi des principes de la courtoisie internationale.

Si l'on considère les demandes de redressement en l'espèce sans tenir compte de la présence du navire au Canada, je ne vois aucun motif possible sur lequel pourrait s'appuyer un tribunal canadien pour affirmer sa compétence à l'égard des parties en autorisant la signification *ex juris*. La saisie du navire dans un port canadien modifie-t-elle donc la situation lorsqu'on en réclame la propriété et la possession en vertu d'un contrat de vente conclu en dehors du Canada, mais dont on recherche l'exécution devant un tribunal canadien? A moins que la saisie du navire étranger ne vise à faire valoir un privilège maritime, ce qui n'est pas le cas, je ne vois pas comment on pourrait autoriser une demanderesse étrangère à effectuer la signification *ex juris* à l'égard d'une défenderesse étrangère si la saisie du navire constitue le seul lien qui puisse rattacher l'affaire au tribunal local.

Bien que forcément aucun exposé de la défense n'ait été déposé, je ne puis oublier le fait que la Portland revendique aussi la propriété du navire en vertu d'un autre contrat de vente, également conclu en dehors du Canada. Pour autant que cette Cour le sache, aucune action visant le redressement recherché en l'espèce n'est pendante ailleurs, mais il existe trois endroits où une telle action pourrait être intentée avec plus d'à propos qu'au Canada. Les parties en l'espèce sont toutes des compagnies libériennes et le navire est immatriculé au Libéria; de plus, les endroits où l'on aurait conclu les contrats qui se font concurrence (je n'ai pas à décider ici quels sont ces endroits) se prêtent aussi bien à la poursuite de l'action, d'autant plus qu'on y trouverait au moins certaines des personnes qui auraient négocié les contrats en question.

safely conclude that none are here. No contention was advanced that there were or are special circumstances here that made any other forum unsuitable.

The various judgments in *The Atlantic Star*⁵, canvass many of the considerations that are relevant here, although it was not a case involving service *ex juris* but one in which a stay of proceedings was sought and ultimately decreed by a bare majority judgment of the House of Lords. There the question of forum shopping, so far as it intruded in the case, arose, as it did here, in respect of foreign parties and a foreign ship which was arrested on putting into an English port. The distinction between that case and the present one, an important distinction, is that the action *in rem* which was begun in England was based on a claim for damages arising out of a ship collision abroad, being a claim which would support under applicable maritime law a claim to a maritime lien enforceable by an action *in rem*. Moreover, despite the fact that the action *in rem* had a foundation in a claim of a maritime lien, the action was stayed. There is no such basis for the action *in rem* in the present case.

What we do have in the present case as the only possible basis for an assertion of jurisdiction over the parties is the coerced submission to jurisdiction under the bail bond, given to secure the release of the ship from arrest. I do not think that this advances the plaintiff's position; instead of the ship, there is a bond to answer for its release but the question of service *ex juris* remains as it was. Pratte J., in his judgment of October 1, 1973, could not have regarded the bail bond as a sufficient attornment to the jurisdiction when he required evidence of service on Portland and on Delmar as added defendants. The Federal Court of Appeal, although not speaking to this point, obviously proceeded on the same footing.

La Cour n'a pas été informée de la présence au Canada de témoins essentiels à l'action, et je puis conclure sans risque d'erreur qu'il ne s'en trouve aucun. On n'a pas allégué qu'en raison de circonstances particulières, présentes ou passées, seul un tribunal canadien est compétent en l'espèce.

Dans les décisions rendues dans l'affaire *The Atlantic Star*⁵, on étudie plusieurs des points pertinents en l'espèce, bien qu'il n'y soit pas question de signification *ex juris*. En effet, on cherchait à obtenir la suspension des procédures, qui fut en fin de compte accordée par un jugement de la Chambre des lords rendu à une faible majorité. Dans cette affaire, la question de la recherche d'un tribunal, pour autant qu'on eût à en discuter, s'est posée comme en l'espèce relativement à des parties étrangères et à un navire étranger saisi à l'escale dans un port anglais. Ce qui différencie cette affaire de la présente, et la différence est d'importance, c'est que l'action *in rem* intentée en Angleterre se fondait sur une demande en dommages-intérêts à la suite d'un abordage survenu outremer, demande qui appuierait, en vertu du droit maritime applicable, la revendication d'un privilège maritime auquel une action *in rem* pourrait donner effet. Au surplus, bien que l'action *in rem* se fondât sur la revendication d'un privilège maritime, la suspension des procédures a été accordée. Dans l'affaire qui nous intéresse, l'action *in rem* ne s'appuie sur rien de tel.

En l'espèce, la déclaration de compétence à l'égard des parties ne peut se fonder que sur l'acquiescement forcé à la compétence de la cour par le biais du cautionnement versé pour obtenir la mainlevée de la saisie du navire. Je ne crois pas que cela soit favorable à la position de la demanderesse; au lieu d'un navire, il y a un cautionnement qui garantit mainlevée de la saisie mais la question de la signification *ex juris* reste inchangée. Le juge Pratte, dans sa décision du 1^{er} octobre 1973, ne peut avoir considéré le versement du cautionnement comme la reconnaissance de la compétence de la cour, car il a exigé la preuve que la Portland et la Delmar avaient reçu signification à titre de défenderesses suite à leur adjonction. Bien qu'elle n'ait pas abordé la question, la Cour d'appel fédérale a évidemment procédé à l'examen de l'affaire en partageant cette vue.

⁵ [1973] 2 All E. R. 175, rev'g [1972] 3 All E. R. 705.

⁵ [1973] 2 All E.R. 175, infirmant [1972] 3 All E.R. 705.

*The Jupiter (No. 2)*⁶ may be mentioned on the point under discussion. It too involved an action *in rem* for possession of a foreign ship between foreign parties. The ship had been the subject of a foreign nationalization decree and, while in United Kingdom waters, was sold by the English agent of the foreign state, under a contract made in the United Kingdom, to a foreign defendant. The action *in rem* was brought by the original owners who disputed the nationalization decree. An unconditional appearance to the action was entered on behalf of the ship and of the defendant purchaser and, thereafter, bail was asked and given. The defendant then moved to set aside the writ and certain subsequent proceedings on a number of grounds, of which one only is relevant here.

It was contented that the Admiralty Court should not exercise jurisdiction when the action *in rem* brought before it was one between foreigners relating to the title to a foreign ship. The motion to set aside the writ and proceedings was refused in the exercise of discretion and this ruling was affirmed on appeal. The reasons of Atkin L.J. on the question of discretion should be noted. He said this (at p. 77):

The only question that is left is whether or not there is a discretion in the Court to decline to exercise jurisdiction in such cases, and, if so, whether that jurisdiction ought to be so exercised in this case. As to that the law seems to me still to obtain that the Court in such a case has a discretion as to whether it will exercise its jurisdiction or not, and in cases where the parties both belonging to a foreign State have merely taken the occasion of the ship being temporarily here to get a question of title, which depends on the municipal laws of another country, determined by the Courts of this country, the Court may in the exercise of its discretion decline to do so. But in the facts of this case there seems to me to be no reason why the Court should not exercise its discretion and entertain the suit. The vessel has been in this country for a period of years and the question arises in respect of her disposition by a contract entered into in

⁶ [1925] P. 69.

Il convient à ce stade-ci de mentionner l'arrêt *The Jupiter (n° 2)*⁶. Il y était aussi question d'une action *in rem* entre des parties étrangères visant à la possession d'un navire étranger. Le navire avait fait l'objet d'un décret étranger de nationalisation et, alors qu'il se trouvait dans les eaux territoriales du Royaume-Uni, il avait été vendu à un défendeur étranger par le représentant anglais de l'État étranger en vertu d'un contrat passé au Royaume-Uni. Les propriétaires primitifs, qui s'opposaient au décret de nationalisation, avaient intenté l'action *in rem*. Un acte de comparution sans condition a été déposé pour le compte du navire et de l'acheteur défendeur et, par la suite, on a demandé un cautionnement, qui fut versé. Le défendeur a alors sollicité l'annulation du bref et de certaines procédures subséquentes pour diverses raisons, dont une seule importe ici.

On a prétendu que la Cour d'Amirauté ne devrait pas exercer sa compétence lorsque les parties à l'action *in rem* dont elle est saisie sont étrangères et que le point en litige est la propriété d'un navire étranger. La cour, dans l'exercice de sa discrétion, a rejeté la requête visant à l'annulation du bref et des procédures et cette décision a été confirmée en appel. Il convient de citer les motifs du lord juge Atkin sur la question de la discrétion de la cour. Il dit (à la p. 77):

[TRADUCTION] La seule question qu'il reste à résoudre consiste à déterminer si la Cour a bien le pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer sa compétence dans des affaires de cette nature et, si c'est le cas, il s'agit de savoir si elle devrait exercer cette compétence en l'espèce. A cet égard, il me semble que, selon le droit en vigueur, dans une affaire comme celle-ci, la Cour a toute discrétion quant à l'exercice de sa compétence. Lorsque les parties à une action, relevant toutes deux d'un État étranger, ont simplement profité de la présence temporaire du navire dans nos eaux territoriales pour obtenir de nos tribunaux une décision sur sa propriété, question qui ressortit au droit national d'un pays étranger, la Cour peut alors, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, refuser d'exercer sa compétence. Mais vu les faits en l'espèce, je ne vois pas pourquoi la Cour n'exercerait pas son pouvoir discrétionnaire et refuserait d'être saisie de

⁶ [1925] P. 69.

this country by a limited company of this country, the Arcos Shipping Company, Ltd., and although questions may arise as to the right of title of the vendors to the defendants, yet it appears to me to be a case which can properly be tried in this country, and I see no reason for interfering with the discretion of the learned President in that respect.

It must be remembered that an unconditional appearance was entered in the foregoing case, reinforcing the assertion of jurisdiction by the Admiralty Court in respect of a claim to ownership of the ship asserted by the foreign defendant under a United Kingdom contract of sale. These are features not present in the case before this Court. Moreover, this is a case where, to adapt the words of Atkin L.J. quoted above, a foreign party has taken advantage of a foreign ship being temporarily in Canadian waters to get a question of title, which depends on the municipal law of another country, determined by a Canadian Court, and it presents a situation where the Court in its discretion may properly decline to do so. Here, as I have already pointed out, the discretion has been exercised against the appellants in two Courts.

There is, finally, another feature of the present case which also persuades me that leave for service *ex juris* was properly refused. I look in vain for any nexus between the action *in rem* and the claims joined therein for personal relief and for damages. It could perhaps count in the plaintiff's favour if it had been the acknowledged owner of the ship which the defendants were claiming under a disputed contract of sale. That is not this case; and, indeed, any claim to the ship itself depends on a prior determination of the validity of the contract of sale on which the plaintiff relies. In a sense, the arrest of the ship as a basis for pursuing the personal claims seems to involve putting the cart before the horse. The personal claims would not, taken alone, be entertained by the Federal Court against a foreign defendant who was not served here and who did not submit to the jurisdic-

l'affaire. Le navire est dans notre pays depuis plusieurs années et le différend porte sur sa vente à la suite d'un contrat conclu ici par une compagnie anglaise à responsabilité limitée, l'Arcos Shipping Co. Ltd; bien que l'on puisse mettre en doute les titres de propriétés des vendeurs et la validité de la vente, j'estime tout de même que l'affaire peut fort bien être tranchée dans notre pays. Je ne vois d'ailleurs aucune raison pour s'ingérer dans l'exercice de la discrétion du savant président à cet égard.

Il ne faut pas oublier que dans l'affaire susmentionnée, on avait déposé un acte de comparution sans condition, ce qui aidait à affermir la compétence de la Cour d'Amirauté à l'égard d'une revendication de la propriété d'un navire par un défendeur étranger aux termes d'un contrat de vente passé au Royaume-Uni. On ne retrouve pas ces particularités en l'espèce. De plus, nous sommes en présence d'une affaire où, pour adapter les paroles du lord juge Atkin citées plus haut, une partie étrangère a tiré parti de la présence temporaire d'un navire étranger dans les eaux territoriales canadiennes pour faire trancher par une cour canadienne une question portant sur le droit de propriété, qui relève du droit national d'un autre pays; il en résulte donc une situation où la cour, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, peut à bon droit refuser d'exercer sa compétence. En l'espèce, comme je l'ai déjà souligné, deux cours ont exercé leur discrétion contre les appelants.

En dernier lieu, une autre particularité de la présente affaire me convainc que l'on a refusé à juste titre d'autoriser la signification *ex juris*. C'est en vain que je cherche à établir un lien entre l'action *in rem* et les demandes *in personam* et en dommages-intérêts qui y sont jointes. Cela pourrait peut-être aider la cause de la demanderesse si elle avait été la propriétaire reconnue du navire dont les défenderesses réclamaient la propriété aux termes d'un contrat de vente contesté. Ce n'est pas le cas; et, de fait, toute prétention à la propriété du navire est subordonnée à une décision préalable portant sur la validité du contrat de vente sur lequel s'appuie la demanderesse. D'une certaine façon, on semble mettre la charrue devant les bœufs lorsqu'on fonde sur la saisie du navire la poursuite des demandes *in personam*. Abstraction faite de la saisie, la Cour fédérale n'entendrait pas

tion in respect of those claims. In the circumstances of this case, the arrest of the ship in Canada does not alter the situation.

I would dismiss the appeal with costs.

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

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal affirming a judgment rendered by Pratte J., in the Trial Division of that Court whereby he dismissed the appellant's application for an order for service *ex juris* on the respondents Delmar Shipping Limited (hereinafter referred to as "Delmar") and Portland Shipping Company Inc., (hereinafter referred to as "Portland"). The judgments of the Trial Division and the Court of Appeal are so terse as to permit their being reproduced in full.

Mr. Justice Pratte's endorsement on the order for judgment dismissing the application reads as follows:

As it appears that the subject matter of this action does not have any relation or connection with Canada the plaintiffs' application to serve *ex juris* is dismissed with costs.

The decision delivered orally by Chief Justice Jaccett on behalf of the Court of Appeal discloses no added reasons for dismissing the application. It reads as follows:

Assuming, without deciding,

(a) that the Court has jurisdiction in respect of the cause of action set out in the Declaration, and

(b) that that cause of action can be enforced by way of an action *in rem* to the extent that relief can be obtained by an action *in rem*,

there is no connection between the same cause of action as against either of the corporate Defendants and Canada that would justify the exercise of the Court's discretion under Rule 307 to order service of the Declaration on such Defendants outside Canada.

les actions personnelles contre une défenderesse étrangère qui n'a pas reçu signification au Canada et qui n'a pas acquiescé à la compétence de la Cour en ce qui concerne ces actions. Vu les faits en l'espèce, la saisie du navire au Canada ne modifie pas la situation.

Je rejetterais l'appel avec dépens.

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

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale confirmant la décision rendue par le juge Pratte en Division de première instance de cette Cour, par laquelle il rejetait la demande de l'appelant, visant à obtenir une ordonnance autorisant la signification *ex juris* aux intimées la Delmar Shipping Limited (ci-après appelée «*Delmar*») et la Portland Shipping Company Inc. (ci-après appelée «*Portland*»). Les jugements de la Division de première instance et de la Cour d'appel sont si brefs qu'on peut les citer intégralement.

Le juge Pratte a écrit ce qui suit au dos de l'ordonnance de jugement rejetant la demande:

[TRADUCTION] Comme il semble que l'objet de cette action n'a aucun rapport ni lien avec le Canada, la requête de la demanderesse visant à obtenir la signification *ex juris* est rejetée avec dépens.

Le jugement prononcé oralement par le juge en chef Jaccett au nom de la Cour d'appel ne porte aucun autre motif justifiant le rejet de la demande. Il se lit ainsi:

[TRADUCTION] Prenant pour acquis, sans trancher la question,

a) que la Cour a compétence en ce qui concerne la cause d'action exposée dans la déclaration, et

b) que la nature de la cause d'action permet d'intenter une action *in rem* et d'obtenir satisfaction par ce recours,

il n'existe aucune relation entre ladite cause d'action contre l'une ou l'autre des deux compagnies défenderesses et le Canada qui justifie la Cour, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui accorde la règle 307, d'ordonner la signification aux défenderesses à l'extérieur du Canada.

While these judgments are declaratory of the opinion held by the Federal Court at both levels, they give no indication of the reasons which enabled the judges to conclude that a cause of action claiming possession of a ship which had been arrested in Canada and for which a bond had been posted at the instance of one of the parties defendant, had no relation or connection with Canada, or at least not one justifying the issuance of an order for service of the Declaration on the defendant Companies outside of Canada.

I have, however, had the advantage of reading the views expressed by the Chief Justice of this Court who has given full reasons for reaching the same conclusion as the judges of the Federal Court and in so doing has analyzed the record contained in the case on appeal and indicated the authorities upon which he relies in disposing of this important case.

The reasons for judgment of Chief Justice Laskin relieve me of the necessity of considering in any detail the questions raised as to the jurisdiction of the Federal Court because I agree with him when he says:

The only question to be determined is whether, jurisdiction *in rem* being established and claims for relief *in personam* being properly joined, the foreign defendants may be subject to service *ex juris*.

Jurisdiction both *in rem* and *in personam* is expressly conferred on the Federal Court by ss. 22 and 43 of the *Federal Court Act* and I find it unnecessary in this regard to go further than to reproduce the terms of s. 22 (2)(a) and s. 43(1) of that Act. Section 22(2)(a) provides:

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;
- ...

And section 43(1) provides:

Bien que ces jugements expriment l'opinion des deux divisions de la Cour fédérale, ils n'expliquent pas pourquoi les juges ont conclu qu'une cause d'action revendiquant la possession d'un navire qui avait été saisi au Canada et qui avait fait l'objet d'un cautionnement à la demande d'une des parties défenderesses, n'avait aucun rapport ni lien avec le Canada, ou tout au moins aucun qui puisse justifier la Cour de rendre une ordonnance autorisant la signification de la déclaration aux compagnies défenderesses en dehors du Canada.

Toutefois, j'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef de la présente Cour, qui explique en détail les raisons pour lesquelles il en est arrivé aux mêmes conclusions que les juges de la Cour fédérale et, ce faisant, étudie le dossier de l'affaire en appel et mentionne la jurisprudence sur laquelle il se fonde pour statuer sur cette affaire importante.

Vu les motifs du jugement du juge en chef Laskin, je n'ai pas à étudier en détail les questions soulevées relativement à la compétence de la Cour fédérale, car je suis d'accord avec lui lorsqu'il déclare:

La seule question à régler est de savoir si, la compétence *in rem* étant établie et les demandes de redressement *in personam* ayant à bon droit fait l'objet d'un cumul, les défenderesses étrangères peuvent être assujetties à la signification *ex juris*.

Les articles 22 et 43 de la *Loi sur la Cour fédérale* confèrent expressément à la Cour fédérale la compétence *in rem* et *in personam* et à ce sujet j'estime amplement suffisant de citer l'al. a) du par. (2) de l'art. 22 et le par. (1) de l'art. 43 de cette Loi. L'alinéa a) du par. 2 de l'art. 22 prévoit que:

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; ...

Le paragraphe (1) de l'art. 43 dit:

43. (1) Subject to subsection (4) of this section, the jurisdiction conferred on the Court by section 22 may in all cases be exercised *in personam*.

The relevant portions of s. 44 of the Act may also be pertinent under the circumstances. That section reads, in part, as follows:

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 such terms and conditions as the Court deems just. (The second italics are my own.)

In the exercise of its jurisdiction the Court may issue an order for service *ex juris* in the circumstances described in Rule 307 of the Federal Court Rules which provides that:

Rule 307
SERVICE EX JURIS

(1) When a defendant, whether a Canadian citizen, British subject or a foreigner, is out of the jurisdiction of the Court and whether in Her Majesty's dominions or in a foreign country, the Court, upon application, supported by affidavit or other evidence showing that, in the belief of the deponent, the plaintiff has a good cause of action, and showing in what place or country, such defendant is or probably may be found, *may order* (Form 5) that a notice of the statement of claim or declaration *may* be served on the defendant in such place or country or within such limits as the Court thinks fit to direct. (Form 6). (The Italics are my own.)

(2) An order under paragraph (1) shall fix a time, depending on the place of service, within which the defendant is to file his defence or obtain from the Court further time to do so.

(3) If any problem arises concerning service of an originating document in a matter other than an action, an application may be made to the Court for directions.

I think it must be accepted that the affidavit filed in support of the appellant's application for service *ex juris* discloses that a good cause of action existed within the jurisdiction of the Federal Court against Delmar and Portland or at least that there was "a good arguable case", a standard

43. (1) Sous réserve du paragraphe (4) du présent article, la compétence conférée à la Cour par l'article 22 peut dans tous les cas être exercée en matière personnelle.

Les extraits appropriés de l'art. 44 de la Loi peuvent aussi être pertinents dans les circonstances. Cet article se lit en partie comme suit:

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 selon les modalités que la Cour juge équitables. (Ce membre de phrase a été mis en italique par mes soins.)

Dans l'exercice de sa compétence, la Cour peut rendre une ordonnance autorisant la signification *ex juris* dans les circonstances décrites à la règle 307 des Règles de la Cour fédérale que voici:

Règle 307
SIGNIFICATION EX JURIS

(1) Lorsqu'un défendeur, qu'il soit citoyen canadien, sujet britannique ou étranger, est à l'extérieur du ressort de la Cour, qu'il soit dans un des dominions de Sa Majesté ou dans un pays étranger, la Cour, sur demande, appuyée par affidavit ou autre preuve indiquant que, à la connaissance du déposant, le demandeur a une bonne cause d'action, et indiquant en quel lieu ou pays se trouve certainement ou probablement ce défendeur, pourra rendre une ordonnance (Formule 5) à l'effet qu'un avis de la déclaration peut être signifié au défendeur dans le lieu ou pays ou dans les limites géographiques que la Cour jugera à propos de prescrire. (Formule 6). (Les italiques sont de moi.)

(2) Une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) doit fixer, en tenant compte du lieu de la signification, un délai dans lequel le défendeur doit déposer sa défense ou obtenir de la Cour une prolongation du délai pour le faire.

(3) En cas de difficulté en matière de signification d'un acte introductif d'une instance autre qu'une action, des instructions peuvent être demandées à la Cour.

Je pense qu'il faut reconnaître que l'affidavit déposé à l'appui de la demande des appelantes visant à la signification *ex juris* révèle l'existence d'une bonne cause d'action relevant de la compétence de la Cour fédérale, contre la Delmar et la Portland ou tout au moins, l'existence d'une [TRA-

suggested by Lord Simonds in *Vitkovice Horni v. Korner*⁷, and adopted by this Court in *C.A.P.A.C. v. International Good Music*⁸, per Martland J. at p. 142. In an application such as this the facts stated in the second amended Declaration are to be taken as true.

All prerequisites to the exercise of the Court's discretion under Rule 307 have therefore been complied with and the question posed by Laskin C.J. in the passage which I have quoted from his reasons for judgment must, in my opinion, be answered by determining whether under the circumstances here disclosed there is any reason why the Court should refuse to exercise the jurisdiction conferred upon it.

*The Jupiter (No. 2)*⁹ was an action *in rem* claiming possession of a ship where the company which had possession moved to set aside the writ on various grounds including the allegation that as the question was between foreigners for the possession of a foreign vessel, the Court had no jurisdiction, or in the alternative, could not entertain the action. In the course of delivering his reasons for judgment in the Court of Appeal, Bankes L.J., having found that the Court did have jurisdiction to entertain the action, made the following observation at p. 75 which, in my view, bears directly on the question raised by the present appeal:

...when once the admission is made that the Court has jurisdiction it becomes a matter of mere discretion on the part of the Court whether it will or will not exercise it, and in this case I entirely agree with the view of the President that, having the jurisdiction, the Court should not refuse to exercise it.

In determining whether or not the Federal Court was justified in refusing to exercise its discretion in the present case, consideration must be given to the application of the doctrine of *forum conveniens*, and although the Federal Court does not appear to have given any consideration to this

⁷ [1951] A.C. 869.

⁸ [1963] S.C.R. 136.

⁹ [1925] P. 69

[TRANSLATION] «cause tout à fait défendable», critère proposé par lord Simonds dans l'arrêt *Vitkovice Horni v. Korner*⁷ adopté par cette Cour, dans l'affaire *C.A.P.A.C. c. International Good Music*⁸, à la p. 142, motifs prononcés par le juge Martland. Dans une demande comme la présente, les faits exposés dans la seconde déclaration modifiée doivent être considérés comme véridiques.

On a donc satisfait à toutes les conditions préalables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour en vertu de la règle 307 et, à mon avis, pour répondre à la question que pose le juge en chef Laskin dans l'extrait de ses motifs que j'ai cité, il faut déterminer si en l'espèce, il existe des raisons pour lesquelles la Cour devrait refuser d'exercer la compétence qui lui a été conférée.

Dans l'affaire *The Jupiter (n° 2)*⁹, il s'agissait d'une action *in rem* en revendication de possession d'un navire; la compagnie qui en avait la possession a demandé au tribunal d'annuler le bref pour divers motifs, faisant valoir notamment que, parce que des étrangers se disputaient la possession d'un navire étranger, la Cour n'avait pas compétence en la matière ou, subsidiairement, elle ne pouvait connaître de l'action. En exposant ses motifs de jugement en Cour d'appel, le lord juge Bankes, après avoir conclu que la Cour avait la compétence pour connaître de l'action, a fait à la p. 75 la remarque suivante qui, à mon avis, est directement applicable à la question soulevée par le présent pourvoi:

[TRANSLATION] ... une fois admise la compétence de la Cour, il relève alors simplement de son pouvoir discrétionnaire de décider si elle doit ou non l'exercer et, en l'espèce, je suis d'accord avec le Président lorsqu'il dit que la Cour ne devrait pas refuser d'exercer la compétence qu'elle possède.

En jugeant si la Cour fédérale a eu raison de refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire en l'espèce, il convient de se demander s'il ne faudrait pas appliquer la doctrine du *forum conveniens*, et bien que la Cour fédérale ne semble pas avoir accordé d'attention à cet aspect du problème, j'es-

⁷ [1951] A.C. 869.

⁸ [1963] R.C.S. 136.

⁹ [1925] P. 69.

phase of the matter, it appears to me, as it apparently does to Laskin C.J., that this is the most important question to be determined on this appeal. The factors affecting the application of this doctrine have been differently described in various cases, to some of which reference will hereafter be made, and they include the balance of convenience to all the parties concerned, including the plaintiff, the undesirability of trespassing on the jurisdiction of a foreign state, the impropriety and inconvenience of trying a case in one country when the cause of action arose in another where the laws are different, and the cost of assembling foreign witnesses.

In my view the overriding consideration which must guide the Court in exercising its discretion by refusing to grant such an application as this must, however, be the existence of some other forum more convenient and appropriate for the pursuit of the action and for securing the ends of justice. Each such case must of necessity turn upon its own particular facts and it appears to me that when considering whether or not a more appropriate forum was available to the appellant, the salient facts disclosed by the record may be summarized as follows:

The appellant and both respondents are Liberian companies, the respondents having resident agents and assistant secretaries in the City of New York, and the allegations contained in the Declaration disclose that pursuant to negotiations carried on between the appellant's Italian ship brokers and the English brokers who represented Delmar, the sale of the defendant ship to the plaintiff was finalized in London, England, by the execution of a Norwegian Saleform. The ship was to be delivered at an east coast United States port, but before delivery was taken, Delmar filed a bill of sale in favour of Portland at the Registry of Shipping of the Government of Liberia in New York City. It is further alleged that at the time of this sale Portland was either owned or controlled by the same interests as Delmar and this appears to be borne out at least in some measure by the fact that the consideration for the sale was "\$10.00 and other valuable considerations". It is a part of the appellant's case that the sale to Portland was a simula-

time, tout comme le juge en chef Laskin semble le faire, que c'est-là la question clé à trancher en l'espèce. Plusieurs décisions décrivent sous différents aspects les divers facteurs qui influent sur l'application de cette doctrine, et nous en mentionnerons quelques-uns ci-dessous; parmi eux, on peut citer les avantages réciproques pour toutes les parties intéressées, y compris le demandeur, l'inopportunité d'empiéter sur la juridiction d'un État étranger, l'inconvénient de juger une affaire dans un pays lorsque la cause d'action a pris naissance dans un autre, régi par des lois différentes, et ce qu'il en coûte pour réunir des témoins étrangers.

Selon moi, cependant, la considération primordiale qui doit guider la cour lorsqu'en exerçant son pouvoir discrétionnaire, elle refuse d'accéder à une telle requête, doit être l'existence d'un autre tribunal, plus commode et plus approprié à la poursuite de l'action et à la réalisation des fins de la justice. Il faut évidemment juger chaque cas selon les faits en cause et, me semble-t-il, lorsqu'on examine si un tribunal plus approprié s'offrait à l'appelante, les faits saillants que révèle le dossier peuvent se résumer comme suit:

L'appelante et les deux intimées sont des compagnies libériennes, les intimées ayant des représentants sur place et des secrétaires adjoints à New York et les allégations dont fait état la déclaration révèlent qu'à la suite de pourparlers survenus entre les courtiers maritimes italiens de l'appelante et les courtiers anglais représentant la Delmar, la vente du navire défendeur à la demanderesse a été conclue à Londres par la souscription d'une formule de vente norvégienne. Le navire devait être livré dans un port de la côte est des États-Unis, mais avant que la livraison ne soit effectuée, la Delmar a déposé un contrat de vente en faveur de la Portland au bureau d'enregistrement de la marine marchande du gouvernement du Libéria à New York. On allègue de plus qu'au moment de la vente, la Portland appartenait aux propriétaires de la Delmar ou était dominée par eux, ce qui semble confirmé, tout au moins dans une certaine mesure par le fait que la vente avait eu lieu moyennant «\$10 et autres contreparties». L'appelante allègue

tion or sham, and in any event it was not registered until two days before the ship was scheduled to arrive at the Port of Quebec City on a voyage from Liberia, during the course of which its name was changed from the "Alliance" to the "Capricorn".

The appellant pleads and invokes the law of England as governing its agreement of sale with Delmar, the laws of the United States in general and those of the State of New York in particular as the law governing the sale contract between Delmar and Portland, and the law of Liberia in relation to the registration of that contract in the name of Portland.

It is thus apparent that this cause of action has some relationship with at least three jurisdictions outside of Canada. We are not, however, concerned in this application with the question of which, if any, of these jurisdictions is more convenient than the other. The issue here is whether any one of them is more convenient or suitable than the Federal Court of Canada.

Neither of the respondent Companies has any presence in England, the appellant has none in the State of New York and apart from the fact that all Companies concerned were incorporated in Liberia, the Liberian connection relates solely to the alleged invalidity of the registration of the bill of sale from Delmar to Portland at the Liberian Registry. Furthermore, it appears that the ship was Delmar's only asset, and there is no basis for concluding that that Company could respond to any judgment secured in any jurisdiction except that of the Federal Court of Canada where the bond is posted representing the ship.

As to the argument that the inconvenience incidental to the proof of foreign law is a factor which should influence the Court against exercising its discretion to grant such a Declaration as this, reference may conveniently be had to that portion of the judgment of Bankes L.J., in *The Jupiter* (No. 2) (*supra*) where he says of the views expressed by Lord Stowell in some earlier English cases:

notamment que la vente à la Portland était une simulation ou une feinte et que de toute façon, elle n'a été enregistrée que l'avant-veille du jour où le navire devait arriver au port de Québec en provenance du Libéria, l'«Alliance» étant devenu le «Capricorn» au cours de cette traversée.

L'appelante fait valoir que le droit anglais régit la promesse de vente faite par la Delmar, le droit des États-Unis en général et celui de l'État de New York en particulier s'appliquant selon elle au contrat de vente entre la Delmar et la Portland et le droit du Libéria s'imposant en matière d'enregistrement du contrat au nom de la Portland.

Il est donc évident que cette cause d'action intéresse au moins trois juridictions hors du Canada. Toutefois, nous n'avons pas en l'espèce à nous demander laquelle offre, le cas échéant, le plus d'avantages; il s'agit de savoir si l'une d'elles en offre plus que la Cour fédérale du Canada.

Aucune des deux compagnies intimées n'a de représentant en Angleterre, l'appelante n'en a pas dans L'État de New York et, mis à part le fait que toutes les compagnies en question ont été constituées au Libéria, le rapport qu'elles ont avec ce pays concerne seulement l'invalidité invoquée de l'enregistrement du contrat de vente entre la Delmar et la Portland au bureau d'enregistrement du Libéria. De plus, il semble que le navire était le seul actif de la Delmar et rien ne nous permet de conclure que cette compagnie pourrait se conformer à un jugement prononcé par une cour autre que la Cour fédérale du Canada, où a été versé le cautionnement pour le navire.

On a prétendu que la difficulté afférente à la constatation du droit étranger est un facteur qui devrait inciter la Cour à ne pas exercer le pouvoir discrétionnaire lui permettant de prononcer un jugement déclaratoire; reportons-nous donc à ce sujet à la décision du lord juge Bankes dans l'affaire *The Jupiter* (N° 2) où il discute des vues qu'avait exprimées lord Stowell dans des arrêts anglais antérieurs:

He also indicated that the foreigners might not be content with the view of the law which was taken by an English judge. I think matters have progressed very far since that time, and it is common practice now for those Courts to adjudicate on disputes between foreigners and to ascertain the foreign law as a matter of fact and apply it; . . .

The situation then is that the appellant Company has invoked the jurisdiction of the Federal Court and the ship whose ownership is the subject matter of this action has been arrested by order of that Court where a bond has been posted as security for it at the instance of one of the corporate respondents (*i.e.* Portland). It appears, as I have said, that Delmar has no assets except the ship which it allegedly agreed to sell to the appellant and there is no suggestion that there is any jurisdiction other than that where the bond is posted in which judgment could be effectively enforced.

The various steps taken by Delmar in negotiating the sale of the "Alliance" to the appellant and subsequently changing its name and transferring it to Portland have involved other jurisdictions, but none of them provides a centre of gravity where the action can be tried without subjecting one or more of the parties to inconvenience. Quebec was the ship's first port of call after the purported change of ownership and registration had taken place while the ship was at sea and it was only then that the scheme allegedly devised by Delmar to defeat the interests of the appellant was completed. The ship then being within the jurisdiction of the Federal Court, the appellant took the necessary steps to cause its arrest and thus obtained some security for its claim. When all these circumstances are considered in conjunction with Portland's active participation in the action, it appears to me that it would take some cogent evidence of a more convenient alternative forum in order to justify the Federal Court in refusing to exercise its discretion by ordering that the respondent Companies be served with notice of the Declaration outside of Canada.

In considering the English authorities bearing on the doctrine of *forum conveniens* in relation to

[TRADUCTION] Il a aussi indiqué que les étrangers pourraient ne pas être satisfaits de l'interprétation de la loi donnée par un juge anglais. Je crois que les choses ont bien évolué depuis lors et c'est maintenant pratique courante pour ces cours de statuer sur des différends entre étrangers, de se renseigner sur le droit étranger et de l'appliquer; . . .

Il se trouve donc que la compagnie appelante a invoqué la compétence de la Cour fédérale et le navire dont la propriété constitue l'objet de cette action a été saisi sur ordonnance de cette Cour, où a été versé le cautionnement à titre de garantie, à la demande de l'une des compagnies intimées (c.-à-d. la Portland). Comme je l'ai dit, il semble que la Delmar n'ait d'autre actif que le navire qu'elle aurait convenu de vendre à l'appelante et, vraisemblablement, seul le tribunal où a été déposé le cautionnement pourrait assurer réellement l'exécution du jugement prononcé en l'espèce.

Les diverses démarches entreprises par la Delmar en concluant la vente de l'«Alliance» avec l'appelante et, par la suite, en changeant son nom et en le cédant à la Portland ont entraîné la compétence d'autres tribunaux, mais l'action ne peut être jugée par aucun d'eux sans que l'une ou plusieurs des parties ne s'en trouvent gênées. Québec était la première escale du navire après le prétendu changement de propriété; l'immatriculation avait eu lieu lorsque le navire était en mer et ce n'est qu'à ce moment qu'a été parfaite la machination que la Delmar aurait combinée pour faire échec aux droits de l'appelante. Le navire se trouvant alors dans le ressort de la Cour fédérale, l'appelante a fait les démarches nécessaires à la saisie et a ainsi obtenu quelque garantie pour sa demande. Lorsque l'on considère tous ces faits de concert avec la participation active de la Portland à l'action, il me semble qu'il faudrait prouver de façon irréfutable l'existence d'un tribunal devant lequel l'affaire en cause pourrait être jugée de façon plus commode pour que la Cour fédérale refuse à bon droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance portant signification de l'avis de la déclaration aux compagnies intimées à l'extérieur du Canada.

En étudiant la jurisprudence anglaise traitant de la doctrine du *forum conveniens* relativement à la

service *ex juris*, it should I think be borne in mind that the provisions of Order 11 of the English Rules differ materially from those of Rule 307 of the Federal Court Rules. Order 11, rule 4(2) of the English Rules provides with respect to service *ex juris*:

No such leave shall be granted unless it shall be made sufficiently to appear to the Court that the case is a proper one for service out of the jurisdiction under this Order.

Under these rules a line of cases stemming from *Société générale de Paris v. Dreyfus Brothers*¹⁰, established, in England, an approach to the question of service *ex juris*, heavily slanted against forcing foreign parties to submit to the jurisdiction of English courts, but a series of cases involving varying factual situations softened the rigidity of this initial approach and in the recent case of *G.A.F. v. Amchem*¹¹, Mr. Justice Megarry, whose judgment was affirmed on appeal, was able to state the matter in these terms, at p. 607:

When I consider the *forum conveniens*, I bear in mind that it has been said that the term means not the 'convenient' Court, but the 'appropriate' Court or the court 'more suitable for the ends of justice': See *The Atlantic Star*, 1973 2 All E.R. 175.

The Scottish and American authorities have always been inclined to attach greater weight to the plaintiff's choice of forum and in this regard the following excerpt from the reasons for judgment of Mr. Justice Jackson in delivering the opinion of the Supreme Court of the United States in *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*¹², represents the American approach. In commenting on the application of the doctrine of *forum conveniens* in that country he said, at p. 508:

Wisely, it has not been attempted to catalogue the circumstances which will justify or require grant or denial of remedy. The doctrine leaves much to the discretion of the court to which plaintiff resorts, and experience has not shown a judicial tendency to

signification *ex juris*, je crois nécessaire de ne pas perdre de vue que les dispositions de l'ordonnance n° 11 des règles anglaises sont sensiblement différentes de celles de la règle 307 de la Cour fédérale. La règle 4(2) de l'ordonnance n° 11 des règles anglaises prévoit, en ce qui concerne la signification *ex juris*:

[TRADUCTION] Cette autorisation sera accordée seulement s'il est prouvé à la satisfaction de la Cour que les faits en cause justifient la signification *ex juris* en vertu de cette ordonnance.

Aux termes de ces règles, une suite d'arrêts découlant de la décision rendue dans l'affaire *Société générale de Paris v. Dreyfus Brothers*¹⁰, a établi en Angleterre, à l'égard de la signification *ex juris*, un courant d'opinion s'opposant fortement à contraindre des parties étrangères à se soumettre à la compétence des cours anglaises. Toutefois, une série d'affaires mettant en cause diverses situations de fait a adouci la rigueur de ce point de vue initial et, dans le récent arrêt *G.A.F. v. Amchem*¹¹, le juge Megarry, dont la décision a été confirmée en appel, a pu exposer la question en ces termes à la p. 607:

[TRADUCTION] Lorsque je prends en considération le *forum conveniens*, je n'oublie pas que l'on a dit que l'expression ne signifie pas le tribunal «commode», mais le tribunal «approprié» ou le tribunal «qui répond le mieux aux fins de la justice». Voir *The Atlantic Star*, 1973 2 All E.R. 175.

Les jurisprudences écossaise et américaine ont toujours eu tendance à attacher plus d'importance au choix du tribunal par le demandeur et à cet égard, le juge Jackson, en prononçant le jugement de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*¹², a bien illustré le point de vue jurisprudentiel américain. En commentant l'application de la doctrine du *forum conveniens* aux États-Unis, il dit à la p. 508:

[TRADUCTION] Avec sagesse, on n'a pas tenté de cataloguer les faits justifiant ou requérant l'octroi ou le refus du redressement. La doctrine s'en remet essentiellement à la discrétion de la cour à laquelle s'adresse le demandeur, et l'expérience ne témoigne pas que la ten-

¹⁰ (1887), 37 Ch. D. 215.

¹¹ [1975] 1 Lloyd's Rep. 601.

¹² (1947), 330 U.S. 501.

¹⁰ (1887), 37 Ch. D. 215.

¹¹ [1975] 1 Lloyd's Rep. 601.

¹² (1947), 330 U.S. 501.

renounce one's own jurisdiction so strong as to result in many abuses.

If the combination and weight of facts requisite to given results are difficult to forecast or state, those to be considered are not difficult to name. An interest to be considered, and the one likely to be most pressed, is the private interest of the litigant. Important considerations are the relative ease of access to sources of proof; availability of compulsory process for attendance of unwilling, and the cost of obtaining attendance of willing, witnesses; possibility of view of premises, if view would be appropriate to the action; and all other practical problems that make trial of a case easy, expeditious and inexpensive. There may also be questions as to the enforceability of a judgment if one is obtained. The court will weigh relative advantages and obstacles to fair trial. It is often said that the plaintiff may not, by choice of an inconvenient forum, 'vex', 'harass', or 'oppress' the defendant by inflicting upon him expense or trouble not necessary to his own right to pursue his remedy. But unless the balance is strongly in favor of the defendant, the plaintiff's choice of forum should rarely be disturbed.

This type of reasoning is reflected in the American *Restatement, Conflict of Laws* (2d) which contains the following item:

84. Forum Non Conveniens

A state will not exercise jurisdiction if it is a seriously inconvenient forum for the trial of the action provided that a more appropriate forum is available to the plaintiff.

Consideration of recent English and American cases discloses that the difference in approach has been reduced and that in truth the selection of the appropriate forum must depend on the particular facts of the case at issue.

In *The Atlantic Star*¹³, at p. 199 Lord Kilbrandon adopted a statement made by Lord Sumner in *La Société du Gaz de Paris v. La Société Anonyme de Navigation*¹⁴ where he said, at p. 22:

¹³ [1973] 2 All E.R. 175.

¹⁴ [1926] S.C. (H.L.) 13.

dance des juges à renoncer à leur compétence soit si forte que beaucoup d'injustices soient à craindre.

S'il est difficile de prévoir ou d'énumérer la combinaison et le poids des facteurs nécessaires pour produire des résultats donnés, il est facile de nommer ceux qui doivent entrer en ligne de compte. Un avantage à considérer, et celui sur lequel on insistera vraisemblablement le plus, est l'intérêt propre du plaideur. D'importantes considérations sont la facilité relative d'accès aux sources de la preuve, la possibilité de recourir aux moyens de contrainte pour amener les témoins récalcitrants à comparaître et le coût de la comparution des témoins consentants; la possibilité de visiter les lieux, si une telle visite est indiquée en l'espèce; et toutes les autres questions d'ordre pratique qui rendent l'audition d'une affaire facile, rapide et peu coûteuse. Il peut aussi se poser la question de l'exécution du jugement, si l'on en obtient un. La cour tiendra compte des avantages et des obstacles relatifs à un procès équitable. On dit souvent que le demandeur ne peut, en choisissant un tribunal incommode, «brimer» ou «accabler» le défendeur ou «agir de façon abusive» en lui infligeant des dépenses ou des ennuis qui ne sont pas nécessaires à son propre droit de chercher à obtenir redressement. Mais à moins que, somme toute, le défendeur ne soit nettement favorisé, on ne doit modifier que très rarement le choix du demandeur.

Ce genre de raisonnement se retrouve dans l'ouvrage américain intitulé *Restatement, Conflict of Laws* (2^e) où il est dit notamment:

[TRADUCTION] 84. Forum Non Conveniens

Un état n'exercera pas sa juridiction si le déroulement du procès à l'intérieur de ses limites géographiques n'est absolument pas pratique à condition que s'offre au demandeur un tribunal plus approprié.

Une étude de récents arrêts anglais et américains révèle que la divergence des points de vue s'est amenuisée et qu'en réalité le choix du tribunal approprié doit dépendre des faits particuliers à l'affaire en litige.

Dans l'arrêt *The Atlantic Star*¹³, à la p. 199, lord Kilbrandon a fait sienne la déclaration de lord Sumner dans l'affaire *La Société du Gaz de Paris v. La Société Anonyme de Navigation*¹⁴, à la p. 22, où il a dit:

¹³ [1973] 2 All E.R. 175.

¹⁴ [1926] S.C. (H.L.) 13.

In *La Société du Gaz de Paris v. La Société Anonyme de Navigation, Les Armateurs Français*, Lord Sumner put the rule rather differently, in what may now be taken to be its authoritative form, when he said:

I do not see how one can guide oneself profitably by endeavouring to conciliate and promote the interests of both these antagonists, except in that ironical sense, in which one says that it is in the interests of both that the case should be tried in the best way and in the best tribunal, and that the best man should win. The real proposition is, I think, that the Court has to consider how best the ends of justice in the case in question and on the facts before it, so far as they can be measured in advance, can be respectively ascertained and served . . . The object, under the words '*forum non conveniens*' is to find that *forum* which is the more suitable for the ends of justice, and is preferable because pursuit of the litigation in that *forum* is more likely to secure those ends.

I think it important to note that special considerations apply in the administration of admiralty law and the regulation of shipping, and in this regard I find it pertinent to refer to a passage from the dissenting judgment of Lord Simon in *The Atlantic Star* (*supra*) at p. 197 which appears to me to give forceful expression to the effect to be given to the statutory right *in rem* in admiralty. Lord Simon there said, in part:

(8) Ships are elusive. The power to arrest in any port and found thereon an action *in rem* is increasingly required with the custom of ships being owned singly and sailing under flags of convenience. A large tanker may by negligent navigation cause extensive damage to beaches or to other shipping: she will take very good care to keep out of the ports of the 'convenient' forum. If the aggrieved party manages to arrest her elsewhere, it will be said forcibly (as the appellants say here): 'the defendant has no sort of connection with the forum except that she was arrested within its jurisdiction.' But that will frequently be the only way of securing justice.

(9) 'Forum-shopping' is, indeed, inescapably involved with the concept of maritime lien and the action *in rem*. Every port is automatically an admiralty emporium. This may be very inconvenient to some defendants; but the system has unquestionably proved itself on the whole as an instrument of justice.

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *La Société du Gaz de Paris v. La Société Anonyme de Navigation, Les Armateurs Français*, lord Sumner a énoncé la règle de façon différente, lui donnant ce que l'on peut maintenant considérer comme sa formulation consacrée:

Je ne vois pas l'avantage qu'il peut y avoir à tenter de concilier et de servir les intérêts de ces deux adversaires si ce n'est en ce sens ironique qu'il est dans leur intérêt mutuel que l'affaire soit jugée de la façon la plus équitable devant le meilleur tribunal et que le plaideur qui a raison gagne. Je crois qu'il faut envisager la question ainsi: la Cour doit rechercher la meilleure façon d'établir et de servir les fins de la justice en l'espèce, compte tenu des faits qui lui sont présentés et en autant qu'elle puisse les évaluer à l'avance . . . Il faut lire dans l'expression '*forum non conveniens*' l'intention de trouver le *tribunal* qui se prête davantage aux fins de la justice et qui est le plus approprié parce que la poursuite du procès devant lui offre le plus de chances d'atteindre ces fins.

Je crois important de souligner que des considérations particulières existent en matière d'application du droit maritime et de la réglementation de la marine marchande et, à cet égard, il convient de renvoyer à un passage du jugement dissident de lord Simon dans l'affaire *The Atlantic Star* (précitée), à la p. 197, qui me semble exprimer de façon frappante l'application que doit recevoir en amirauté le droit *in rem*. Lord Simon dit notamment:

[TRADUCTION] (8) Les navires se dérobent facilement. Le pouvoir de les saisir dans n'importe quel port et d'intenter une action *in rem* est de plus en plus nécessaire, compte tenu de la coutume de la propriété unique des navires et l'usage des pavillons de complaisance. Un grand pétrolier, naviguant avec négligence, peut causer des dommages considérables aux plages ou à d'autres navires; il évitera soigneusement les ports situés dans le ressort d'un tribunal «compétent». Si la partie lésée parvient à le saisir ailleurs, on opposera énergiquement (comme le font les appelantes en l'espèce) que: «Le défendeur n'a aucun lien avec le tribunal, si ce n'est qu'il a été saisi dans son ressort». Mais souvent, ce sera la seule façon d'obtenir justice.

(9) La «recherche d'un tribunal» est de fait inévitablement liée au concept du privilège maritime et à l'action *in rem*. Chaque port constitue automatiquement un choix possible en matière d'amirauté. Cela peut être très ennuyeux pour certains défendeurs; mais de façon générale, le système sert incontestablement les fins de la justice.

I do not think that there is anything to be gained by analyzing the many authorities on this subject because, as I have said they inevitably turn upon their own facts; but I do not think there is any material before us in this case from which it can be concluded that a forum more convenient than the Federal Court exists for resolving this dispute. In addition to the fact that there is no factual basis for concluding that any one of the foreign jurisdictions to which reference has been made would provide a forum in which the facts could be assembled and the issue tried without causing inconvenience to one or more of the parties, there are here, as I have indicated, two factors which in my opinion weigh heavily in favour of the Federal Court as the appropriate forum for the trial of this action. They are the following:

1. Participation by Portland

Portland has actively participated in the present litigation. In this regard it is only necessary to quote a short passage from the judgment rendered by Pratte J. in dismissing Portland's application to strike out the Declaration. In the course of these reasons he said:

After the arrest, Portland secured the release of the Defendant ship by giving a bond in the amount that had been fixed by the Court; it also made various applications to the Court, the nature of which need not be mentioned here. It is only after having thus taken an active part in these proceedings that Portland moved for an order striking out the statement of claim and setting aside the arrest.

I should add that the additional step of moving to strike out the statement of claim was taken in the Federal Court before the appellant applied for an order for service *ex juris*.

It is true that the initial appearance in the present case was made under protest as to the jurisdiction of the Court, but under the circumstances of the case the bond now represents the ship and the giving of it at Portland's instance was a step in the cause and thereby a waiver of the protest. See *Dunbar & Sullivan Dredging Co. et*

Il ne sert à rien d'analyser les nombreux arrêts portant sur ce sujet, parce que, comme je l'ai dit, ils traitent inévitablement des faits particuliers à chaque affaire; mais j'estime qu'en l'espèce, rien au dossier ne permet de conclure que ce différend peut être réglé devant une cour plus appropriée que la Cour fédérale. Outre le fait qu'aucune raison précise ne permet de conclure que l'affaire qui nous intéresse pourrait être instruite et jugée devant l'un des tribunaux étrangers mentionnés sans gêner l'une ou plusieurs des parties, il existe en l'espèce, comme je l'ai dit, deux facteurs qui, à mon avis, désignent la Cour fédérale comme le tribunal approprié pour juger cette action. Les voici:

1. La participation de la Portland

La Portland a pris une part active au présent litige. A cet égard, il suffit de citer un court extrait du jugement qu'a rendu le juge Pratte en rejetant la demande de la Portland visant à annuler la déclaration. Dans ses motifs, il dit:

Suite à la saisie, la Portland a obtenu la mainlevée de la saisie du navire défendeur en versant un cautionnement d'un montant fixé par la Cour; elle a également présenté plusieurs demandes à la Cour, mais il est inutile d'en examiner la nature et l'espèce. Ce n'est qu'après avoir pris activement part à ces procédures que la Portland a déposé une demande en radiation de la déclaration et en annulation de la saisie.

Il convient d'ajouter que la démarche supplémentaire par laquelle la Portland a déposé devant la Cour fédérale une demande en radiation de la déclaration a été faite avant que l'appelante ne demande une ordonnance de signification *ex juris*.

Il est vrai que la comparution initiale dans la présente affaire a eu lieu sous réserve de la compétence de la cour, mais dans les circonstances en cause, le cautionnement représente désormais le navire et son dépôt à la demande de la Portland constitue une intervention dans la cause et partant, une renonciation à la réserve apportée. Voir l'arrêt

*al. v. the Ship "Milwaukee"*¹⁵.

2. The Position of Delmar

As I have stated, Delmar's sole asset was the ship and the only fund now available anywhere to respond to a judgment against that Company is the bail bond in the Federal Court. This is a money action in addition to being an action for possession of the ship and there is a joint and several claim against the respondent Company which would probably exceed \$2 million. The record discloses no other jurisdiction in which recovery could be had against Delmar in the event of the appellant's success in this action and the selection of any other forum would involve following the ship and commencing new proceedings against it if it could be found in a more convenient jurisdiction.

With all respect, I take the view that the Federal Court erred in principle in refusing to exercise its jurisdiction under Rule 307 on the sole ground that the cause of action had no relation or connection with Canada which would justify the granting of an order for service *ex juris*.

For all the above reasons, I would allow this appeal and direct that an order be issued for the service of notice of the amended Declaration to be served on Delmar and Portland at the offices of their representatives in New York in the form requested in the appellant's notice for service *ex juris*.

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 & Laflamme, Québec.

Solicitors for the respondents: Gagnon, de Billy, Dionne & Martin, Québec.

¹⁵ (1907), 11 Ex. C.R. 179.

*Dunbar & Sullivan Dredging Co. et autres c. Le navire «Milwaukee»*¹⁵.

2. La position de la Delmar

Comme je l'ai dit, le seul actif de la Delmar était le navire en question et les seuls fonds actuellement disponibles pour assurer l'exécution d'un jugement contre ladite compagnie se trouvent être le cautionnement versé à la Cour fédérale. L'action ne se limite pas à réclamer la possession d'un navire; des considérations monétaires entrent aussi en ligne de compte et il existe une réclamation conjointe et solidaire contre la compagnie intimée qui excéderait probablement la somme de \$2 millions. Le dossier ne révèle aucune autre cour pouvant assurer l'exécution du jugement contre la Delmar au cas où l'appelante obtiendrait gain de cause dans la présente action, et le choix d'un autre tribunal signifierait qu'il faudrait suivre le navire et instituer de nouvelles procédures contre lui s'il lui arrivait de se trouver dans un ressort plus commode.

Respectueusement, j'estime que la Cour fédérale a commis une erreur sur une question de principe en refusant d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui accorde la règle 307 uniquement parce que la cause d'action n'a aucun rapport ni lien avec le Canada qui permette d'accorder une ordonnance portant signification *ex juris*.

Pour toutes les raisons susmentionnées, je suis d'avis d'accueillir ce pourvoi et d'ordonner que soit rendue une ordonnance autorisant la signification de l'avis de la déclaration modifiée à la Delmar et à la Portland aux bureaux de leurs représentants à New York en la forme requise dans l'avis de signification *ex juris* de l'appelante.

L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et en la Cour d'appel fédérale.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Langlois, Drouin & Laflamme, Québec.

Procureurs des intimés: Gagnon, de Billy, Dionne & Martin, Québec.

¹⁵ (1907), 11 R.C. de l'É. 179.

The Royal Bank of Canada (*Defendant*)
Appellant;

and

Concrete Column Clamps (1961) Ltd.
(Plaintiff) Respondent.

1975: June 18; 1976: April 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Bills of exchange — Forged endorsement — Cheques to the order of former employees — “Fictitious person” — Liability of the bank — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, ss. 21(5), 49.

For more than a year one Gingras, an employee of respondent who was responsible for paying the workmen, prepared about 1,000 cheques made payable to persons who were not entitled to them. He had them signed by an authorized officer of respondent, that is, an office employee who did not know the workmen personally. Gingras took the cheques and received the amounts on forged endorsements. Of the total amount of \$94,206.14 cheques amounting to \$26,736.01 were made out in the names of person whose identity never was traced, and cheques in the amount of \$67,470.13 were made out in the names of former employees. The trial judge considered the cheques in the first category as made payable to fictitious persons, that is, payable to bearer in accordance with s. 21(5) of the *Bills of Exchange Act*, and held that the bank was not liable for them. He held, however, that appellant was liable for the sum of \$67,470.13, although the payees were not entitled to the amounts entered on the cheques. This judgment was unanimously affirmed by the Court of Appeal of Quebec. Hence the appeal to this Court.

Held (Laskin C.J. and Dickson and Spence JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: The courts below applied the rule set forth by Falconbridge in *Banking and Bills of Exchange*, namely, that even if the drawer is induced to draw the bill by the fraud of some other person, the payee will not be considered to be fictitious if his name is the name of a real person. Moreover, all the recent Canadian cases have followed this rule and there is nothing which would justify this Court in doing other-

La Banque Royale du Canada (*Défenderesse*)
Appelante;

et

Concrete Column Clamps (1961) Ltd.
(Demanderesse) Intimée.

1975: le 18 juin; 1976: le 1^{er} avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Lettres de change — Faux endossement — Chèques faits à des anciens employés — «Personne fictive» — Responsabilité de la banque — Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, c. B-5, art. 21(5), 49.

L'employé de l'intimée, un certain Gingras, chargé de la paie des ouvriers a, pendant plus d'un an, préparé environ 1,000 chèques faits payables à des personnes qui n'y avaient aucun droit. Il les a fait signer par un préposé autorisé de l'intimée, soit un employé de bureau qui ne connaissait pas personnellement les employés. Gingras s'est emparé de ces chèques et en a touché le montant sur des endossements faux. De la somme totale de \$94,206.14, \$26,736.01 provenaient de chèques faits à l'ordre de personnes dont l'identité n'a jamais été établie et \$67,470.13 de chèques payables à l'ordre d'anciens employés. Le juge de première instance a considéré les chèques de la première catégorie comme faits à des personnes fictives, soit payables au porteur suivant le par. 3 de la *Loi sur les lettres de change*, et jugé que la banque n'en était donc pas responsable. La Cour supérieure, dont le jugement a été unanimement confirmée par la Cour d'appel du Québec, a toutefois décidé que l'appelante était responsable pour la somme de \$67,470.13, même si les preneurs n'avaient pas droit aux montants inscrits sur les chèques. D'où le pourvoi devant cette Cour.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Dickson et Spence étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Les tribunaux d'instance inférieure ont appliqué la règle énoncée par Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, savoir que même si le tireur est amené à rédiger une lettre de change par des manœuvres frauduleuses d'une autre personne, le preneur ne sera pas considéré comme une personne fictive dans la mesure où son nom est celui d'une personne existante. Toute la jurisprudence canadienne récente est d'ailleurs

wise. There is no reason to make a distinction, because in the case at bar the person authorized to sign the cheques mechanically placed his signature on them without knowing any of the payees personally. On the contrary, in an age when cheques are processed by computer, it is even more necessary to avoid facilitating fraudulent operations. This Court is not justified in changing the interpretation of our *Bills of Exchange Act* because legislation in other countries relieves banks of responsibility in similar cases.

Per Laskin C.J. and Dickson J., dissenting: It is more equitable that the employer, the drawer, should bear the loss rather than the drawee bank, unless it has been negligent or is otherwise precluded from invoking s. 21(5) of the *Bills of Exchange Act*. In the case at bar there is no negligence by the bank. The evidence indicates that the cheques presented for signature to the signing officer were signed in batches without verification, and the assertion of the trial judge that some of the payees were known to the drawer as being former employees to whom payment was intended can only be taken as a *post facto* conclusion arrived at by an examination of the cheques after the forgeries were discovered. No distinction can be drawn between the cheques payable to imaginary persons or persons who were not former employees and those who were formerly in the drawer's employ. None of these were entitled to the proceeds of the cheques.

Per Spence J., dissenting: Each one of the cheques arrived in the bank for payment issued by the respondent and signed by a duly authorized signing officer of respondent company. It is quite impossible for the bank to make any investigation of the *bona fide* existence of any named payee, or of the fact that a debt was owed to that payee. On the other hand, it would have been quite easy in proper office management for respondent to have designed sufficient methods of checking and verifying to have defeated the employee's scheme. In these circumstances, as a matter of proper administration of justice this Court should come to the conclusion that the loss should be payable by the employer and not by the bank acting in the ordinary course of its business in a manner which could not be criticized.

[*Harley v. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135; *Banque de Montréal v. Barbeau*, [1963] Que. Q.B. 753; *Zurich Life Insurance Co. of Canada v. Royal Bank of Canada* (1973), 36 D.L.R. (3d) 750; *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795; *North & South Wales Bank Ltd. v.*

en ce sens et il n'y a rien qui justifierait cette Cour d'aller à l'encontre. Il n'y a aucun motif d'établir une distinction parce qu'en l'espèce la personne autorisée à signer les chèques apposait sa signature mécaniquement sans connaître personnellement aucun des preneurs. Au contraire, à l'ère des chèques faits par ordinateur, il semble encore plus désirable de ne pas faciliter l'entreprise des fraudeurs. Cette Cour ne saurait être justifiée non plus de changer l'interprétation de notre *Loi sur les lettres de change* parce que d'autres législations ont affranchi les banques de leur responsabilité en des cas semblables.

Le juge en chef Laskin et le juge Dickson, dissidents: Il est plus équitable que l'employeur, le tireur, plutôt que la banque tirée supporte la perte à moins que la banque n'ait été négligente ou ne puisse, pour d'autres motifs, invoquer le par. (5) de l'art. 21 de la *Loi sur les lettres de change*. En l'espèce, la banque n'a commis aucune négligence. La preuve démontre que les chèques présentés au préposé autorisé à les signer ont été signés en paquet sans vérification, et l'assertion du juge de première instance que certains preneurs étaient connus du tireur à titre d'anciens employés à qui les paiements étaient destinés ne peut être considérée que comme une conclusion tirée *post facto* d'un examen des chèques fait après la mise à jour des contrefaçons. Il n'y a aucune raison de faire une distinction entre les chèques payables à des personnes fictives ou des personnes qui ne sont pas d'anciens employés et des chèques payables à des personnes qui sont d'anciens employés du tireur, aucun de ces preneurs n'ayant droit aux montants des chèques.

Le juge Spence, dissident: Tous les chèques qui ont été présentés pour paiement à la banque avaient été émis par l'intimée et signés par son préposé dûment autorisé. Il est impossible pour la banque de vérifier l'existence réelle d'un preneur désigné ou le fait que ce preneur est titulaire d'une créance. En revanche, il aurait été relativement facile à l'intimée, suivant un processus gestionnaire normal, de contrer les manœuvres frauduleuses de son employé par l'imposition de méthodes adéquates de contrôle et de vérification. Dans ces circonstances, la bonne administration de la justice exige que cette Cour en vienne à la conclusion que la perte doit être supportée par l'employeur et non par la banque qui a agi dans le cours ordinaire de ses affaires et à qui aucun reproche ne peut être adressé.

[Arrêts suivis: *Harley v. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135; *Banque de Montréal c. Barbeau*, [1963] B.R. 753; *Zurich Life Insurance Co. of Canada v. Royal Bank of Canada* (1973), 36 D.L.R. (3d) 750; *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795; *North & South*

Macbeth, [1908] A.C. 137, applied; *Bank of England v. Vagliano Bros.*, [1891] A.C. 107, distinguished.]

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec¹, affirming a judgment of the Superior Court ordering appellant to make payment. Appeal allowed, Laskin C.J. and Spence and Dickson dissenting.

David P. O'Brien and Robert P. Charlton, for the appellant.

Graham Nesbitt, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Dickson J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—The issue in this appeal is a new one for this Court but an old one in the law of negotiable instruments. A payroll clerk, whose normal duty it is to prepare wage or salary cheques for employees of a company, perpetrates a fraud by including among the cheques presented to the authorized signing officer of the company a number of cheques payable to persons who were not owed any wages, some being former employees and the other such payees having names which may or may not be those of existing persons. The fraudulent clerk abstracts these cheques, forges the endorsements and obtains payment from the company's bank which debits the company's account accordingly. Who, as between the company and the bank should bear the loss?

In the present case, there were over 1,000 such cheques drawn, signed, endorsed and cashed over a period of one and one-half years before the fraud was discovered. None of the cheques was for an amount larger than \$90. The total amount involved was \$94,206.14, of which \$67,470.13 was shown, as a result of subsequent investigation by the respondent company, to represent cheques made payable to former employees, and \$26,736.01 represented the value of cheques to other non-entitled payees. Although the dishonest payroll clerk had a record of dishonesty in former employment, this was not known to the respondent

¹ *Sub nom. Royal Bank of Canada v. Fix Fast Ltd.*, [1974] C.A. 213.

Wales Bank Ltd. v. Macbeth, [1908] A.C. 137; distinction faite avec l'arrêt *Bank of England v. Vagliano Bros.*, [1891] A.C. 107.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure condamnant l'appelante. Pourvoi accueilli, le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson étant dissidents.

David P. O'Brien et Robert P. Charlton, pour l'appelante.

Graham Nesbitt, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Dickson a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Le présent pourvoi porte sur une question qui se présente pour la première fois devant cette Cour mais qui n'est certes pas nouvelle dans le droit des effets de commerce. Un commis chargé de préparer les chèques de paie des employés d'une compagnie s'est rendu coupable de fraude en insérant parmi les chèques présentés au préposé autorisé à les signer un certain nombre de chèques payables à des personnes à qui aucun salaire n'était dû, certaines d'entre elles étant d'anciens employés, d'autres fictives ou inconnues. Le commis malhonnête s'emparait de ces chèques, contrefaisait les endorsements et obtenait paiement de la banque de la compagnie qui débitait le compte de cette dernière en conséquence. Est-ce la compagnie ou la banque qui doit supporter la perte?

En l'espèce, plus de 1,000 de ces chèques ont été tirés, signés, endossés et encaissés au cours d'une période d'un an et demi avant que la fraude ne soit découverte. Aucun des chèques ne dépassait \$90 mais le montant total de la fraude s'est élevé à \$94,206.14. Une enquête ultérieure menée par la compagnie intimée a démontré que, de cette somme, \$67,470.13 avaient été obtenus au moyen de chèques payables à l'ordre d'anciens employés et \$26,736.01 au moyen de chèques payables à l'ordre de preneurs qui n'y avaient pas droit. Bien que les antécédents du commis malhonnête fissent état de malhonnêtetés commises chez un autre

¹ *Sub. nom. Royal Bank of Canada c. Fix Fast Ltd.*, [1974] C.A. 213.

company which had checked on one of his employment references and had obtained a satisfactory answer. Notice of the forged endorsements was given to the appellant bank within one year after they were discovered.

Two provisions of the *Bills of Exchange Act*, now R.S.C. 1970, c. B-5, are relevant to the disposition of this appeal. They are as follows:

21. . . .

(5) Where the payee is a fictitious or non-existing person, the bill may be treated as payable to bearer.

49. (1) Subject to this Act, where a signature on a bill is forged, or placed thereon without the authority of the person whose signature it purports to be, the forged or unauthorized signature is wholly inoperative, and no right to retain the bill or to give a discharge therefor or to enforce payment thereof against any party thereto can be acquired through or under that signature, unless the party against whom it is sought to retain or enforce payment of the bill is precluded from setting up the forgery or want of authority.

(2) Nothing in this section affects the ratification of an unauthorized signature not amounting to a forgery.

(3) Where a cheque payable to order is paid by the drawee upon a forged endorsement out of the funds of the drawer, or is so paid and charged to his account, the drawer has no right of action against the drawee for the recovery of the amount so paid, nor any defence to any claim made by the drawee for the amount so paid, as the case may be, unless he gives notice in writing of such forgery to the drawee within one year after he has acquired notice of the forgery.

(4) In case of failure by the drawer to give such notice within the said period, such cheque shall be held to have been paid in due course as respects every other party thereto or named therein, who has not previously instituted proceedings for the protection of his rights.

The trial judge, Collins J., came to the following conclusions on an assessment of the authorities:

The result of these cases appears to be that in determining whether a payee is fictitious or not, the intention of the drawer of the bill is the determining factor. The importance of sub-section 5 of Section 21 is that when applicable it dispenses legally but not practically with the necessity of the endorsement of the payee of such a

employeur, la compagnie intimée ignorait ce fait, ayant obtenu une réponse satisfaisante lors d'une vérification des références de cet employé. Un avis des endossements contrefaits a été donné à la banque appelante moins d'un an après leur découverte.

Deux dispositions de la *Loi sur les lettres de change*, maintenant S.R.C. 1970, c. B-5, influent sur le sort du présent pourvoi. Les voici:

21. . . .

(5) Lorsque le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas, la lettre de change peut être considérée comme payable au porteur.

49. (1) Sous réserve de la présente loi, lorsqu'une signature sur une lettre de change est contrefaite ou y est apposée sans l'autorisation de la personne dont elle paraît être la signature, la signature contrefaite ou non autorisée n'a aucun effet, et aucun droit de garder la lettre, d'en donner libération ou d'en exiger le paiement de qui que ce soit qui y est devenu partie, ne peut être acquis à cause ou en vertu de cette signature, sauf si celui de qui l'on veut détenir la lettre ou en exiger le paiement n'est pas admis à établir le faux ou l'absence d'autorisation.

(2) Rien dans le présent article ne porte atteinte à la ratification d'une signature non autorisée qui ne constitue pas un faux.

(3) Si un chèque payable à ordre est payé par le tiré sur un faux endossement à même les fonds du tireur ou est ainsi payé et porté à son compte, le tireur n'a, contre le tiré, aucun droit d'action en recouvrement de la somme ainsi payée ni aucune défense à une demande faite par le tiré de la somme ainsi payée, suivant le cas, à moins qu'il n'ait notifié par écrit le faux au tiré dans le cours d'une année à compter du jour où il a eu connaissance de ce faux.

(4) A défaut par le tireur de donner la notification dans ledit délai, le chèque est censé avoir été régulièrement payé à l'égard de toute autre personne qui, y étant partie ou y étant nommée, n'a pas auparavant intenté des procédures pour la protection de ses droits.

Le juge de première instance, le juge Collins, a tiré de la jurisprudence les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] Selon ces précédents, il semble que l'intention du tireur de la lettre de change est un facteur déterminant lorsqu'il s'agit de décider si le preneur est une personne fictive ou non. Le par. (5) de l'art. 21 est important car son application supprime en droit mais non en fait l'obligation pour le preneur de cette lettre,

bill, cheque or note. Such an endorsement is really superfluous and any holder for value or in due course, who is a bearer, can negotiate the bill and the person to whom the bill is negotiated gets the same title as the first bearer who acquired the bill in good faith for value.

After a most careful consideration, the Court has come to the conclusion that insofar as the payees of the said cheques were persons known to the plaintiffs being former employees and to whom the plaintiffs intended that those cheques should be paid when they were so signed, they were not fictitious persons. They were real persons and the plaintiffs intended that those persons should receive payment. The defendant was not entitled to charge such cheques against the accounts of the plaintiff companies.

With regard to the payees of the cheques who were not former employees of the plaintiffs and who were completely unknown to the plaintiffs and who existed probably only in the imagination of Gingras or whose names were perhaps taken by him out of a telephone directory or perhaps were the names of people he might have known some way, the fact is that those persons were non-existing as far as the plaintiffs, the makers of the cheques, were concerned. It is clear under the jurisprudence above quoted that these cheques became payable to bearer. The defendant is entitled to charge the amount of such cheques against the accounts of the plaintiff companies.

In the result, he gave judgment for the plaintiff-respondent against the appellant bank in the sum of \$67,470.13, with interest and costs. He rejected two contentions of the bank; first, that the intention of the dishonest payroll clerk should be attributed to his employer, and since the clerk's intention was that the payees of the forged cheques should not obtain payment, the cheques should be considered as payable to fictitious persons; and second, a contention of negligence in engaging the dishonest payroll clerk.

The Quebec Court of Appeal unanimously affirmed the trial judgment, holding that with respect to cheques made payable to former employees, as being existing identifiable persons, the bank was liable under s. 49(1) for paying them on forged endorsements. There was no cross-appeal with respect to the other cheques for which

chèque ou billet de l'endosser. Un tel endossement est réellement superflu et tout détenteur contre valeur ou régulier qui est porteur de la lettre de change peut la négocier, et la personne à qui cette lettre est négociée acquiert les mêmes droits qu'avait le cédant qui l'a acquise de bonne foi contre valeur.

Après mûre réflexion, la Cour conclut que dans la mesure où les preneurs des chèques en question étaient des personnes connues de la demanderesse au titre d'anciens employés et à qui cette dernière destinait ces chèques lorsqu'elle les a ainsi signés, ces preneurs ne sont pas des personnes fictives. Ils sont des personnes existantes et la demanderesse voulait que ces personnes soient ainsi payées. La défenderesse n'avait pas le droit de porter ces chèques au débit du compte de la compagnie demanderesse.

Concernant les preneurs des chèques qui n'étaient pas d'anciens employés de la demanderesse et qui étaient inconnus de celle-ci et qui n'existaient sans doute que dans l'imagination de Gingras ou dont les noms avaient peut-être été trouvés par ce dernier dans l'annuaire téléphonique ou empruntés à des personnes qu'il connaissait déjà, le fait est que ces preneurs sont des personnes qui n'existent pas pour autant que la demanderesse, le tireur en l'espèce, est concernée. Il est clair selon la jurisprudence citée précédemment que ces chèques sont devenus payables au porteur. La défenderesse a donc le droit de porter ces chèques au débit du compte de la compagnie demanderesse.

Finalement, il a tranché en faveur de la demanderesse intimée, accordant à celle-ci la somme de \$67,470.13, avec intérêts et dépens. Il a rejeté les deux prétentions de la banque appelante; la première, que l'intention du commis malhonnête doit être imputée à son employeur, et puisque selon les desseins du commis les preneurs des chèques contrefaits ne devaient pas obtenir paiement, ces chèques doivent être considérés comme payables à des personnes fictives; et la seconde, que la compagnie a été négligente en embauchant le commis malhonnête.

Le jugement de première instance a été unanimement confirmé par la Cour d'appel du Québec qui a décidé qu'au regard des chèques payables à l'ordre d'anciens employés, ces derniers étant des personnes existantes et identifiables, la banque doit encourir la responsabilité, en vertu du par. (1) de l'art. 49, d'avoir payé ces chèques sur de faux

the respondent company had been held chargeable by the appellant bank; nor was any issue with respect to these cheques raised in this Court.

Payroll-padding cases, of which the present is a classic illustration, may take a variety of forms. It may be the signing officer who introduces the spurious cheques, making them payable to order, taking delivery of them, and then cashing them on forged endorsements. It may be the signing officer conspiring with the payroll clerk, who makes up the cheques, obtains the authorized signature to them, and then cashes them on forged endorsements. Or, as was the case here, it may be the payroll clerk, acting on his own, who dupes the signing officer and executed the fraud to his own advantage. In contrast with the payroll-padding cases, there is the class of case where a cheque, properly made out to the order of an entitled payee and properly signed, is abstracted by a dishonest employee or stolen by a third person who obtains payment thereof on a forged endorsement. There is no doubt that in this kind of case, under Canadian law, the drawee bank must bear the loss.

This last-mentioned class of case does not involve any concern with s. 21(5) but only with s. 49. Where both provisions must be considered, the case-law in Canada, based as it was on English law at a time when Courts here were bound by judgments of the House of Lords, appears to point to a distinction between payees who are non-existent, treating this as a question of fact to be determined objectively, and payees who are fictitious, treating this in two ways; first, as pointing to payees who objectively are imaginary persons, and second, as pointing to payees who are real persons but who are not intended by the drawer to have any interest in the instrument.

This view of s. 7(3) of the English *Bills of Exchange Act*, the counterpart of s. 21(5) of the Canadian Statute, was a considerable modification of the common law rule which looked upon ficti-

endossements. Aucun appel incident n'a été interjeté au regard des autres chèques que la banque appelante avait portés au débit de la compagnie intimée; aucune question n'a également été soulevée à cet égard devant cette Cour.

Le gonflage des feuilles de paie, dont la présente cause est un bel exemple, se présente sous diverses formes. Parfois, c'est le préposé autorisé à signer les chèques qui glisse les faux chèques parmi les autres, les ayant faits payables à ordre pour ensuite en prendre livraison afin de les encaisser sur de faux endossements. Parfois le préposé autorisé à signer les chèques agit de connivence avec le commis chargé de les préparer: ce dernier rédige les chèques, son complice y appose sa signature et ils les encaissent ensuite sur de faux endossements. Ou parfois, comme en l'espèce, c'est le commis chargé de préparer les chèques qui agit seul en dupant le préposé autorisé à les signer et en exécutant la fraude à son seul avantage. Par contraste avec ce type de fraude, il y a le cas où un chèque, régulièrement fait à l'ordre d'un preneur qui y a droit et régulièrement signé, est soustrait par l'employé malhonnête ou volé par un tiers qui l'encaisse sur un faux endossement. Dans un tel cas, il n'y a aucun doute que, selon le droit canadien, le tiré doit supporter la perte.

Ce dernier type de cas n'a rien à voir avec le par. (5) de l'art. 21, mais n'est visé que par l'art. 49. Dans les cas où ces deux dispositions doivent être prises en considération, la jurisprudence canadienne, fondée comme elle était sur le droit anglais à l'époque où nos tribunaux étaient liés par les arrêts de la Chambre des lords, semble établir une distinction entre des preneurs inexistant, considérant ceci comme une question de fait à trancher objectivement, et des preneurs fictifs, considérant ceci sous deux angles différents, le premier visant des preneurs qui sont, en toute objectivité, des personnes imaginaires, et le second visant des preneurs qui sont des personnes existantes mais à qui le tireur n'a aucune intention d'accorder un droit à l'effet de commerce.

Cette interprétation du par. (3) de l'art. 7 du *Bills of Exchange Act* anglais, le pendant du par. (5) de l'art. 21 de la loi canadienne, représente une modification importante du principe de *common*

tiousness or non-existence subjectively according to the knowledge of the drawer. Although the first of the leading English cases on the matter, *Bank of England v. Vagliano Bros.*², has been treated as requiring an objective test to be applied (see, for example, Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (7th ed., 1969), at p. 481; Abel, "The Impostor Payee" [1940] Wisc. L. Rev. 161, at p. 165n), later cases have shown that this is not invariable since account has been taken of the knowledge and intention of the drawer.

Indeed, *Vagliano's* case itself stands on no clear objective base, and it was, moreover, unusual in its facts, involving a purported bill of exchange where the drawer's signature was forged, the acceptor's was obtained by fraud and payment was obtained on a forged endorsement of the payee's name by a clerk of the acceptor who set up the entire course of the fraud. In holding (and reversing the courts below) that the acceptor's bank could properly debit the amount of the bill against the acceptor's account, the House of Lords treated the bill as payable to a fictitious person and therefore as being a bearer bill even when presented for payment by the dishonest clerk. It did this on the footing that the payee was not intended by the drawer to have any interest in or right under the bill and that the acceptor's want of knowledge that the payee was "fictitious" did not alter the situation.

I must confess to great difficulty in understanding how fictitiousness could be found in the *Vagliano* case. Looking at the entire transaction, the better conclusion appears to be that estoppel of the acceptor was the prompting consideration. Indeed, this emerges from Lord Halsbury's reasons, but reliance in later cases was placed on an observation of Lord Herschell (at p. 153) that "whenever the name inserted as that of payee is so inserted by way of pretence merely, without any intention that payment shall only be made in conformity therewith, the payee is a fictitious person within the meaning of the Statute, whether

² [1891] A.C. 107.

law selon lequel le caractère fictif ou l'inexistence du preneur devait être considéré subjectivement suivant la connaissance qu'en avait le tireur. Bien que le premier arrêt de la jurisprudence anglaise sur cette question, *Bank of England v. Vagliano Bros.*², ait été considéré comme ayant exigé l'application d'un critère objectif (voir, par exemple, Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (7^e éd., 1969), à la p. 481; Abel, «The Impostor Payee» [1940] Wisc. L. Rev. 161, à la p. 165n), les causes subséquentes ont démontré que cela n'était pas invariable puisque l'on a tenu compte de la connaissance et de l'intention du tireur.

A vrai dire, l'arrêt *Vagliano* ne porte pas clairement sur un point précis et les faits qui s'y rapportent sont plutôt inhabituels. Il y a eu une fraude commise au moyen d'une lettre de change forgée par le commis du tiré qui a contrefait la signature du tireur, a obtenu frauduleusement la signature du tiré et l'a encaissée sur un faux endossement. En décidant que la banque du tiré pouvait légitimement porter le montant de la lettre au débit du compte du tiré (infirmant ainsi les décisions des cours d'instance inférieure), la Chambre des lords a considéré la lettre comme payable à une personne fictive donc comme payable au porteur même lorsque présentée à l'encaissement par le commis malhonnête. Cette décision a été prise sur la base que le tireur n'avait aucune intention d'accorder au preneur un droit ou un intérêt quelconque dans la lettre de change et que l'ignorance par le tiré du fait que le preneur était en ce sens une personne «fictive» ne modifiait en rien la situation.

Je dois l'avouer, j'ai beaucoup de difficultés à comprendre comment, dans l'arrêt *Vagliano*, on en est venu à conclure qu'il y avait lieu d'appliquer la règle du preneur fictif. Examinant l'opération dans l'ensemble il me paraît que la fin de non-recevoir opposable au tiré par suite de son acceptation de la lettre a été la considération décisive. C'est ce qui se dégage des motifs de lord Halsbury, mais dans les décisions ultérieures on s'est plutôt appuyé sur une remarque de lord Herschell (à la p. 153) à l'effet que [TRADUCTION] «quand le nom du preneur est inscrit uniquement dans le but de fausser les apparences, sans aucune intention que ce pre-

² [1891] A.C. 107.

the name be that of an existing person or of one who has no existence and that the bill may in each case be treated by a lawful holder as payable to bearer". This formulation appears to me to require a consideration of someone's intention, presumably that of the drawer of a cheque or the acceptor of a bill. In the *Vagliano* case, the acceptor (albeit so induced by fraud) intended that payment be made to the designated payee, who was known to the acceptor to be a real person, and yet the payee was held to be fictitious. A contrary result was reached in *Vinden v. Hughes*³, much relied on by the respondent herein to support the result reached by the Quebec Court of Appeal, and yet also relied on by the appellant bank for what was said in the course of the reasons in that case.

Vinden v. Hughes is, on its facts, the present case, making allowance only for a slight difference in that there customers of the defrauded firm were shown to be payees while here they were former employees. So far as the signing officers were concerned, the intention there and here was the same, namely, to issue cheques to persons believed to be existing creditors. Warrington J. in *Vinden v. Hughes* distinguished *Vagliano's* case on the ground that "there being no drawer in fact the use of a name as payee was a mere fiction, although the payee actually existed" (at p. 801). The situation was different, according to Warrington J., where it was "the case of the drawer of the document intending to issue the document and intending to issue it with the name of the particular payee upon it, that payee not being non-existent" (also at p. 801). The appellant bank contends that as a result of *Vinden v. Hughes* and later cases, such as *North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*⁴, the knowledge as well as the intention of the drawer is material, and it relies on the following statement in *Halsbury's Laws of England* (4th ed., vol. 4, 1973), at p. 144 as a current

³ [1905] 1 K.B. 795.

⁴ [1908] A.C. 137.

neur reçoive paiement de la lettre, le preneur est considéré comme une personne fictive au sens de la Loi, peu importe que le nom soit celui d'une personne existante ou inexistante, et la lettre peut, dans tous les cas, être considérée par un détenteur légitime comme payable au porteur». Cette formulation me semble exiger que l'intention d'une certaine personne soit prise en considération, probablement l'intention du tireur d'un chèque ou du tiré d'une lettre de change. Dans l'affaire *Vagliano*, le tiré (bien que frauduleusement amené à ce faire) voulait que le preneur désigné reçoive paiement de la lettre et le tiré connaissait personnellement le preneur, pourtant ce dernier a été considéré par la Chambre des lords comme une personne fictive. Une décision contraire a été rendue dans *Vinden v. Hughes*³, sur laquelle s'est fortement appuyée l'intimée en l'espèce pour étayer la décision de la Cour d'appel du Québec, et sur laquelle la banque appelante s'est également appuyée en raison des motifs exposés.

Quant aux faits, *Vinden v. Hughes* est en tout point semblable à la présente affaire sauf une toute petite différence; les preneurs y étaient d'anciens clients de la compagnie fraudée alors qu'en l'espèce les preneurs sont d'anciens employés. En ce qui concerne les préposés autorisés à signer, leur intention était la même dans cette affaire-là et en l'espèce, c'est-à-dire émettre des chèques à des personnes que l'on croyait être des créanciers existants. Dans *Vinden v. Hughes*, le juge Warrington a établi une distinction avec l'affaire *Vagliano* en se basant sur le fait que [TRADUCTION] «puisque en réalité il n'y avait aucun tireur, l'usage d'un nom comme preneur était de la simple fiction, bien que le preneur existât réellement» (à la p. 801). Selon le juge Warrington, la situation était différente car il s'agissait [TRADUCTION] «d'une affaire où le tireur de la lettre de change voulait l'émettre au nom d'un preneur déterminé, ce preneur n'étant pas une personne inexistante» (également à la p. 801). La banque appelante prétend qu'en conséquence des décisions rendues dans *Vinden v. Hughes* et dans des causes subséquentes, telles que *North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*⁴, il

³ [1905] 1 K.B. 795.

⁴ [1908] A.C. 137.

summation of the law:

But where an instrument is made payable to a person known by the drawer to be an existing person and intended by the drawer to be the payee, such a person is not to be deemed fictitious, even although the signature of the drawer has been obtained by fraud.

Both the observation of Lord Herschell in *Vagliano's case* and its adoption and application in *Vinden v. Hughes* indicate at least a partial return to a subjective test of whether a bill or cheque falls within s. 21(5). It has not gone all the way, however, because where the payee is in fact non-existing, the leading English case treats the cheque as payable to bearer although the drawer believed that it was for an existing person and intended to pay such a person. In *Clutton v. Attenborough*⁵, a dishonest clerk induced his employer, the appellant, to make out cheques to one George Brett. There was in fact no such person but the clerk endorsed the cheques in that name and negotiated them with the respondents who took them for value and in good faith. Having obtained payment from the appellant's bankers, the respondents successfully resisted recovery by the appellant by reliance on the English equivalent of s. 21(5).

I observe here that in the United Kingdom, unlike Canada, the drawee bank which pays cheques in good faith but on forged endorsements is protected by s. 60 of its *Bills of Exchange Act* which has no parallel in Canada where, indeed, the opposite result is prescribed by s. 49. Thus, for example, in *Vinden v. Hughes* it was not the drawer's bank which was successfully sued but the person to whom the cheques were negotiated for value by the dishonest clerk and who thereupon obtained payment from the drawer's bank. So too, in *North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*, (*supra*), recovery by the defrauded plaintiff

⁵ [1897] A.C. 90.

importe de considérer la connaissance des faits par le tireur autant que son intention, et elle invoque le passage suivant tiré de *Halsbury's Laws of England* (4^e éd., vol. 4, 1973), à la p. 144, comme exposé du droit actuel:

[TRADUCTION] Mais lorsqu'un effet de commerce est fait payable à une personne connue du tireur comme une personne existante et dont il veut faire le preneur, cette personne ne peut être considérée comme fictive, même si la signature du tireur a été obtenue frauduleusement.

La remarque formulée par lord Herschell dans l'affaire *Vagliano* ainsi que l'adoption et l'application de cette remarque dans *Vinden v. Hughes* sont tout au moins des indices d'un retour partiel à un critère subjectif pour déterminer si une lettre de change ou un chèque tombe sous le coup du par. (5) de l'art. 21. Cependant, ce retour n'est que partiel car lorsque le preneur est vraiment inexistant, la jurisprudence anglaise considère le chèque comme payable au porteur bien que le tireur l'ait cru fait à l'ordre d'une personne existante et ait eu l'intention de lui faire un paiement. Dans *Clutton v. Attenborough*⁵, un commis malhonnête a amené ses employeurs, les appelants, à faire des chèques payables à l'ordre d'un certain George Brett. En fait, cette personne n'existait pas, mais le commis a endossé les chèques à ce nom et les a négociés à l'intimée qui, de bonne foi, en a payé la valeur. Ayant encaissé ces chèques à la banque des appelants, l'intimée a réussi à faire rejeter l'action en recouvrement intentée par les appelants en invoquant en défense le pendant anglais de notre par. (5) de l'art. 21.

Je remarque ici qu'au Royaume-Uni, à la différence du Canada, une banque tirée qui, de bonne foi, paie un chèque sur un faux endossement est protégée par l'art. 60 du *Bills of Exchange Act* qui n'a aucun pendant au Canada où, à vrai dire, le contraire est prévu à l'art. 49. Ainsi, par exemple, dans *Vinden v. Hughes*, la poursuite accueillie par les tribunaux n'a pas été intentée contre la banque du tireur mais bien contre la personne à qui les chèques avaient été négociés contre valeur par le commis malhonnête et les avait ensuite encaissés à la banque du tireur. De même dans *North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*, (précité), le

⁵ [1897] A.C. 90.

drawer was from the bank of the person who by fraud induced the drawing of a cheque in favour of another and then obtained payment from his bank on a forged endorsement. *Clutton v. Attenborough* is another illustration of the effect of s. 60 of the United Kingdom Act.

If the intention of the drawer is to govern in determining, in the padded payroll cases, whether the payee is to have an interest in the cheque, and, consequently, whether the cheque will or will not be treated as payable to bearer, I can see no reason in principle to protect the drawee bank where the payee is in fact non-existent and yet to hold it liable for paying on a forged endorsement where the intended payee is in fact an existing person. Subject to the relevance of the knowledge of the drawer (or the signing officer) at the time the cheque is issued, that is at the time the fraud is perpetrated, the discovery of the real or imaginary character of the payee is *post facto*; and ordinarily the drawer, induced by the fraud, would intend that the cheque take its effect in favour of the named payee. In short, in the fictitious or non-existent payee cases, I see no basis for treating them in different ways according to objective fact, discovered after the event, if the central question is, as I believe it to be, whether the drawer or signing officer of the drawer intended (as is generally the case) to have the cheques (issued as a result of a payroll clerk's fraud) take effect according to their tenor. This would, in view of s. 49 of the Canadian Act, place the loss on the drawee bank.

The critical question that arises, on the submission made by the appellant, is whether, the fraud being established, it is necessary to show that the drawer or signing officer knew of the existence of the payee in order to impose liability on the bank. The bank will, of course, escape liability if it is shown that the drawer or signing officer knew of the fraud when issuing or signing the cheques. But if he did not, and issued the cheques to the designated payees in the ordinary course of his duties, does the fact of fraud require that he be shown to

recouvrement par le tireur demandeur fraudé s'est fait au détriment de la banque de la personne qui avait frauduleusement obtenu un chèque payable à l'ordre d'un tiers et l'avait ensuite encaissé à sa banque sur un faux endossement. La cause *Clutton v. Attenborough* est un autre exemple de l'effet de l'art. 60 de la loi du Royaume-Uni.

Dans des cas de gonflage de feuilles de paie, si l'intention du tireur doit primer lorsqu'il s'agit de décider si le preneur a droit au chèque et, conséquemment, si celui-ci sera ou ne sera pas considéré payable au porteur, je ne vois, en principe, aucune raison de protéger la banque tirée lorsque le preneur est en fait inexistant et de la tenir néanmoins responsable d'avoir payé sur un faux endossement lorsque le preneur désigné est en fait une personne existante. Sous réserve de la pertinence de la connaissance des faits par le tireur (ou son préposé autorisé à signer) à l'époque où le chèque est émis, soit à l'époque de la perpétration de la fraude, la découverte du caractère réel ou fictif du preneur se fait *post facto*. Ordinairement le tireur, qui a été amené par fraude à émettre ce chèque, désire que le preneur qui y est désigné bénéficie de ce chèque. Bref, lorsque le preneur est une personne fictive ou inexistante, je ne vois aucune raison de traiter ces situations différemment au gré d'un fait objectif dont la découverte survient toujours *post facto*, si la question principale est de savoir, comme je crois qu'elle l'est, si le tireur ou le signataire autorisé du tireur désire (comme c'est généralement le cas) que les chèques (émis à la suite des manœuvres frauduleuses du commis malhonnête) prennent effet selon leur teneur. Compte tenu de l'art. 49 de la loi canadienne, la banque tirée aurait alors à supporter la perte.

La question importante qui découle des prétentions de l'appelante est de savoir s'il est nécessaire, après avoir établi la fraude, de démontrer, pour engager la responsabilité de la banque, que le tireur ou le signataire autorisé était au courant de l'existence du preneur. Naturellement, la banque ne pourra être tenue responsable s'il est démontré que le tireur ou le préposé autorisé à signer était au courant de la fraude lorsqu'il a émis ou signé les chèques. Mais s'il n'était pas au courant et a émis les chèques aux preneurs désignés dans l'ac-

have knowledge of the existence of the payees before liability will rest on the bank paying the cheques on forged endorsements? Such knowledge, if a prerequisite to the drawee bank's liability, could not be expected to be personal where, as here, hundreds of employees are involved but could be based on a required reference to a payroll list kept by the signing officer, although even on this basis there could be a possibility of the fraud being carried into that list.

The submission of the appellant bank is an appeal for the adoption of a policy of placing the risk of loss from payroll-padding upon the employer as a risk of the business, the risk of loss being one that is normally covered by fidelity insurance carried by the business as a normal expense. The contention is that in balancing the elements involved in the payroll-padding cases, the balance should be struck in favour of giving protection to the bank by treating the cheques resulting from the padding as payable to bearer unless the drawer or signing officer is shown to have knowledge of the existence of the payees. The bank concedes its liability if it pays on a forged endorsement where a cheque payable to order is stolen; it urges the unfairness of requiring it to assume liability as well in cases where a faithless employee induces the issue of cheques to payees, whether real or not, who are not intended by the dishonest employee to take any interest and where the signing officer does not know of the existence of the payees. The bank urged, in effect, that there should be no difference between the case where the signing officer himself issues "fictitious" cheques and where the cheques are made out by one employee in large numbers and put for signature before another to whom the payees are unknown: see, generally, *Comment*, "The Fictitious Payee and the UCC—The Demise of a Ghost" (1951), 18 U. of Chi. L. Rev. 281.

I wish to examine Canadian case law on the subject under discussion as it has evolved before

complissement normal de sa tâche, est-ce que le fait qu'un acte frauduleux a été commis signifie que pour engager la responsabilité de la banque qui a payé les chèques sur de faux endossements, il faut démontrer que le tireur ou préposé autorisé à signer connaissait les preneurs? Si tel est le cas, on ne peut s'attendre à ce que le tireur ou le préposé autorisé à signer connaisse personnellement les preneurs car souvent, comme en l'espèce, il s'agit de centaines d'employés. Il serait sans doute possible d'exiger cependant, qu'il ait vérifié le nom des preneurs à l'aide des feuilles de paie, bien qu'il soit également possible de contrefaire ces feuilles.

La thèse de la banque appelante constitue un plaidoyer en faveur de l'adoption d'une politique selon laquelle l'employeur serait appelé à supporter le risque de perte provenant du présent type de fraude à titre de risque inhérent aux opérations commerciales, ce risque de perte étant ordinairement couvert par l'assurance détournements dont la prime fait partie des dépenses courantes d'une entreprise. La banque appelante prétend qu'en pesant les éléments de ce type de fraude, la balance devrait pencher en faveur de la protection de la banque en traitant les chèques émis par fraude comme payables au porteur, à moins qu'il ne soit démontré que le tireur ou le préposé autorisé à signer connaissait le preneur. La banque admet sa responsabilité pour un chèque à ordre qui a été volé et qu'elle a payé sur un faux endossement; elle soutient cependant qu'il n'est pas équitable de la rendre également responsable quand un employé déloyal provoque l'émission de chèques à des preneurs, fictifs ou non, que le préposé autorisé à signer ne connaît pas et qui, selon les desseins de l'employé malhonnête, n'y ont aucun droit. En fait, la banque prétend qu'il ne devrait y avoir aucune différence entre le cas où le préposé autorisé à signer émet lui-même les chèques «fictifs» et le cas où les chèques sont faits en grand nombre par un employé qui les présente pour signature à un autre employé qui ne connaît pas l'identité des preneurs: voir *Comment*, «The Fictitious Payee and the UCC—The Demise of a Ghost» (1951), 18 U. of Chi. L. Rev. 281.

J'examine maintenant la jurisprudence canadienne sur le sujet à l'étude et son évolution avant

and after *Vagliano's* case. A convenient starting point is *Agricultural Savings and Loan Association v. Federal Bank*⁶. This case was decided before the enactment of the *Bills of Exchange Act* by 1890 (Can.), c. 33 but after the enactment in the United Kingdom of the predecessor of s. 60 of its *Bills of Exchange Act*. It concerned a fraud perpetrated upon the plaintiff loan company by one S, who applied for a loan in the names of J.T.B. and I.B. upon a forged mortgage of land which they owned, and who obtained the cheques for the loan and cashed them on forged endorsements of the names of the payees followed by endorsement of his own name. The decision in favour of the plaintiff against the drawee bank was argued mainly on the issue of alleged negligence of the plaintiff and its agent, who helped prepare the loan application but was not himself party to the fraud. In the course of the reasons in the Ontario Court of Appeal, affirming the judgment at trial and rejecting the contention that there was negligence in respect of the cheque transaction, reference was made by Osler J.A. to the contention that the cheques must be looked upon as payable to bearer because payable to a fictitious person. He dealt with this as follows (at p. 201):

That would be so if it had been the intention of the plaintiffs to use the name of a fictitious payee. But on the contrary the payees were existing persons with whom the plaintiffs believed they were dealing and whose endorsement they relied upon having before the cheques were paid.

The foregoing case was in substance a case where a fraud was practised upon a loan company by a third person who used the names of registered land-owners, and by forgery made off with the loan money advanced by cheques made out to the landowners. It was hence a class of case where, in the absence of protective legislation found in s. 60 of the United Kingdom Act, the drawee bank must answer for paying on forged endorsements. Moreover, it is consistent with the later observation of Lord Herschell in *Vagliano's* case because the drawer did not use the payees' names by way of

et après l'arrêt *Vagliano. Agricultural Savings and Loan Association v. Federal Bank*⁶ est un bon point de départ. L'arrêt a été rendu avant la promulgation de l'*Acte des lettres de change*, 1890 (Can.), c. 33, mais après la promulgation, au Royaume-Uni, du précurseur de l'art. 60 du *Bills of Exchange Act* de ce pays. Il s'agissait d'une fraude commise aux dépens de la compagnie demanderesse par un certain S qui avait formulé une demande de prêt au nom de J.T.B. et I.B., offrant en garantie un acte hypothécaire contrefait portant sur un terrain que possédaient ces deux personnes. S avait obtenu le prêt sous forme de chèques qu'il a encaissés sur de faux endossements en contrefaisant la signature des preneurs suivie de sa propre signature. La décision rendue en faveur de la demanderesse fut contestée principalement par l'allégation de négligence de la part de la demanderesse et de son représentant qui avait aidé à préparer la demande de prêt, mais n'était pas lui-même partie à la fraude. Dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a confirmé le jugement de première instance et rejeté l'allégation de négligence, le juge Osler a examiné la prétention que les chèques devaient être considérés comme payables au porteur parce que payables à l'ordre d'une personne fictive. Il a disposé de cette question en ces termes (à la p. 201):

[TRADUCTION] Il en serait ainsi si la demanderesse avait eu l'intention d'utiliser le nom d'un preneur fictif. Mais bien au contraire, les preneurs étaient des personnes existantes avec qui la demanderesse croyait négocier et sur l'endossement de qui elle s'est fiée avant que les chèques ne soient payés.

Il y avait là essentiellement une fraude commise aux dépens d'une compagnie de prêt par un tiers qui avait utilisé les noms de propriétaires fonciers dûment enregistrés, et, par contrefaçon, s'était emparé du produit du prêt qui avait été consenti par chèques faits à l'ordre des propriétaires fonciers. Il s'agissait donc de ce genre de cas où, en l'absence des dispositions protectrices de l'art. 60 de la loi du Royaume-Uni, la banque tirée doit être tenue responsable d'avoir payé les chèques sur de faux endossements. De plus, cette décision est compatible avec la remarque formulée plus tard

⁶ (1881), 6 O.A.R. 192.

⁶ (1881), 6 O.A.R. 192.

pretence but rather by way of an intention that payment be made accordingly.

*London Life Insurance Co. v. Molsons Bank*⁷, also a judgment of the Ontario Court of Appeal, was decided just before *Vinden v. Hughes* and purported to apply *Vagliano's* case in coming to a decision contrary to that reached in *Vinden v. Hughes*. It was held in the *Molsons Bank* case that cheques procured by a dishonest insurance officer to pay policy claims were, in the circumstances, payable to fictitious or non-existent persons, and hence the drawee bank, in paying in good faith but on forged endorsements, was entitled to charge the insurer's account with the amounts of the cheques. The dishonest officer had sent in fictitious applications for insurance, kept the policies alive and then represented that the insured had died, sent claim papers to the head office and procured the issue of cheques in the stated names of the claimants. After saying that the insurer intended the cheques for the named payees, MacLennan J.A., speaking for the majority of the Court, held that the transactions were entirely fictitious as they were in *Vagliano's* case, although there were real persons whose names were used by the faithless insurance officer. Maclaren J.A., in a concurring judgment, noted that there was a change in the law upon the enactment of the *Bills of Exchange Act* "which does not require that the fact of the payee being a fictitious or non-existing person should be to the knowledge of any of the parties". This is a statement of the objective test said to be expressed in *Vagliano's* case but it does not square with the result any more than it did in *Vagliano's* case.

Much akin to the *Molsons Bank* case is *Metropolitan Life Insurance Company v. Quebec Bank*⁸, where an insurance company employee forged insurance claims, and when cheques were issued to the beneficiaries he obtained possession of them and cashed them on forged endorsements.

⁷ (1904), 8 O.L.R. 238.

⁸ (1916), 50 C.S. 214.

par lord Herschell dans l'affaire *Vagliano* car le tireur n'avait pas utilisé les noms des preneurs dans un but frauduleux mais plutôt dans le but de voir ces preneurs toucher le paiement qu'il leur destinait.

*London Life Insurance Co. v. Molsons Bank*⁷ est un autre arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu juste avant *Vinden v. Hughes*. Prétendant suivre l'arrêt *Vagliano*, elle en est arrivée à une conclusion contraire à *Vinden v. Hughes*. Elle a décidé que des chèques obtenus par un agent d'assurances malhonnête pour payer certaines réclamations étaient, dans les circonstances, payables à l'ordre d'une personne fictive ou inexistante, et que, par conséquent la banque tirée, qui avait payé de bonne foi mais sur de faux endossements, avait le droit de porter au débit du compte de l'assureur le montant de ces chèques. L'agent malhonnête avait transmis des demandes d'assurance fictives, payé les primes, déclaré plus tard le décès des assurés fictifs, expédié des réclamations au siège social et obtenu des chèques faits à l'ordre des réclamants. Après avoir dit que l'assureur destinait les chèques aux preneurs qui y étaient désignés, le juge MacLennan, s'exprimant au nom de la majorité de la cour, a conclu que les transactions étaient entièrement fictives comme dans *Vagliano*, bien que les noms utilisés par l'agent d'assurances déloyal fussent ceux de personnes existantes. Partageant cet avis, le juge Maclaren a tenu à souligner que le droit avait été modifié par l'*Acte des lettres de change* [TRADUCTION] «qui n'exige pas que les parties sachent que le preneur est une personne fictive ou non-existante». C'est là l'énoncé du critère objectif que l'on dit avoir été formulé dans l'arrêt *Vagliano*, mais il ne cadre pas mieux que dans *Vagliano* avec le résultat final.

*Metropolitan Life Insurance Company c. Quebec Bank*⁸ ressemble beaucoup à l'affaire *Molsons Bank*. Dans cette cause-là, un employé de la compagnie d'assurances contrefaisait des réclamations et lorsque les chèques aux bénéficiaires étaient émis, il en prenait possession et les encais-

⁷ (1904), 8 O.L.R. 238.

⁸ (1916), 50 C.S. 214.

The Quebec Superior Court applied *Vagliano's* case in holding that although the names of real, existing persons were used in the specification of the payees of the cheques, the cheques should be treated as payable to bearer. The Court acted also on a point taken in the *Molsons Bank* case, namely, that the designated payees could not honestly cash the cheques when they had given no consideration for them. In the *Molsons Bank* case the point was put more strongly, and it was contended by the bank in the present case that here, similarly, the payees could not honestly and without fraud endorse the payroll cheques and, further, that the signing officer was not shown to know of the existence of those payees. Of course, in no case where a fraud of the kind involved here is perpetrated could any payee honestly endorse a cheque made payable to his order. From this, counsel for the bank urged that it is only if the signing officer knows that the payee is a real person and intends him to be the payee, albeit his signature to the cheque is procured by fraud, that the drawee bank is liable if it pays on a forged endorsement.

If the *Molsons Bank* case be regarded as Ontario's *Vagliano* case, later Ontario cases and others in this country have rested more generally on *Vinden v. Hughes*. In *Harley v. Bank of Toronto*⁹, an employee of the plaintiff stockbrokers led his employers to believe that he could get business from a well-known grain trader and carried out some transactions, alleged to be for that trader, which proved to be successful. Cheques were drawn in the trader's name which was forged by the employee who cashed them by further endorsing them in his own name. The Ontario Court of Appeal, affirming the trial judge who distinguished both the *Vagliano* case and the *Molsons Bank* case (the latter on the ground that the beneficiaries of the policies were not known to the drawer), also took the view that neither the *Vagliano* case nor the *Molsons Bank* case should be applied. It relied rather on *Vinden v. Hughes*, and adopted as the governing principle Lord Lore-

⁹ [1938] O.R. 100.

sait sur de faux endossements. La Cour supérieure du Québec, appliquant l'arrêt *Vagliano*, décida que les chèques devaient être considérés comme payables au porteur bien que les noms des preneurs fussent ceux de personnes existantes. La Cour s'est également appuyée sur un point soulevé dans *Molsons Bank*, savoir que les preneurs désignés, n'ayant donné aucune considération, ne pouvaient honnêtement encaisser les chèques. Le point avait été mis de l'avant avec plus de conviction dans *Molsons Bank* et, dans la présente cause la banque prétend qu'il en est de même, que les preneurs ne pouvaient honnêtement et sans fraude endosser les chèques de paie. Elle soutient également qu'il n'a pas été démontré que le préposé autorisé à signer les chèques connaissait les preneurs. Naturellement, lorsqu'une fraude du genre est commise, un preneur ne peut jamais endosser honnêtement un chèque fait à son ordre. Partant de cela, l'avocat de la banque allègue que même si la signature du préposé autorisé à signer est obtenue frauduleusement, c'est uniquement dans le cas où ce préposé connaît le preneur et désire qu'il le soit, que la banque tirée est responsable si elle paye sur un faux endossement.

Si l'arrêt *Molsons Bank* est considéré comme le *Vagliano* ontarien, les décisions ultérieures en Ontario et ailleurs au pays se sont surtout fondées sur *Vinden v. Hughes*. Dans *Harley v. Bank of Toronto*⁹, un employé des courtiers demandeurs fit croire à ses employeurs qu'il lui était possible d'avoir des relations d'affaires avec un négociant en grains bien connu et il négocia effectivement certaines transactions fructueuses, prétendument pour le compte de ce négociant. Des chèques furent donc faits à l'ordre du négociant. L'employé, contrefit la signature de ce dernier et encaissa les chèques en les endossant. La Cour d'appel de l'Ontario confirma la distinction établie par le juge du procès entre cette cause-là et les affaires *Vagliano* et *Molsons Bank* (cette dernière en disant que les bénéficiaires des polices étaient inconnus du tireur). Elle opina également que ni l'arrêt *Vagliano*, ni l'arrêt *Molsons Bank* n'étaient applicables. Elle se fonda plutôt sur *Vinden v.*

⁹ [1938] O.R. 100.

burn's approval in *North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*, *supra*, of what Bray J. said at trial in that case, namely, "when there is a real drawer who has designated an existing person as the payee and intends that that person should be the payee, it is impossible that the payee can be fictitious".

The Ontario Court of Appeal appears to have gone to a strictly *post facto* objective test of the existence of the payee, but the trial judge in the *Harley* case, Macdonell Co. Ct. J., was more troubled than the Court of Appeal seemed to be by the question of knowledge of the existence of the payee. In distinguishing the *Molsons Bank* case on the ground that the payees there were not known to the drawer, he assested that the grain trader was known to the drawer, not personally (no more than was the then President of the United States) but in the sense that he was well-known to be an active grain trader by all in the business (and so too was the President well-known in a general sense). The issue thus raised by the reasons of the trial judge and by those of the Court of Appeal must be seen in the light of the fact that in the *Macbeth* case, upon which the *Harley* case relied, the named payee, although never seen by the drawer, was known to him (presumably in the same sense as in *Harley*) and intended by him, albeit as a result of fraud, to have the proceeds of the cheque: see Buckley L.J. in [1908] 1 K.B. 13, at p. 22, and Lord Robertson in [1908] A.C. 137, at p. 140.

On the facts, *Harley v. Bank of Toronto* is a case where the bank was held liable because the payee, far from being fictitious or non-existing, was a person known to the drawer and intended by him to receive the proceeds. If the question of the existence of the named payee is to be ascertained *post facto*, without reference to the knowledge of the drawer at the time of issue of the cheques, should not the intention of the drawer as to payment also be determined *post facto*? If that were the case, there would be no doubt that he would

Hughes et adopta comme principe déterminant les propos tenus par lord Loreburn dans *North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*, précitée, en approuvant la phrase suivante du juge Bray en première instance, [TRADUCTION] «quand il y a un vrai tireur qui a désigné une personne existante comme preneur et désire que cette personne soit le preneur, on ne peut pas dire que ce preneur est une personne fictive».

La Cour d'appel de l'Ontario semble avoir ainsi adopté un critère strictement objectif *post facto* quant à l'existence du preneur, mais le juge de première instance dans l'affaire *Harley*, le juge Macdonell de la Cour de comté, s'est beaucoup plus préoccupé de la question de la connaissance de l'existence du preneur. Pour établir une distinction avec l'affaire *Molsons Bank* où l'on avait dit que les preneurs étaient inconnus du tireur, il a affirmé qu'en l'espèce le tireur connaissait le négociant en grains, non pas personnellement (pas plus qu'il ne connaissait le Président des États-Unis) mais plutôt de réputation car tous les courtiers savaient qu'il était un négociant en grains très actif (un peu comme le Président que tous connaissent de réputation). La question ainsi soulevée par les motifs du juge de première instance et par ceux de la Cour d'appel doit être examinée à la lumière du fait que dans l'affaire *Macbeth*, sur laquelle on s'est fondé dans l'affaire *Harley*, le preneur désigné était connu du tireur (présumément au même sens que dans *Harley*), bien que le tireur ne l'eût jamais vu, cependant il désirait vraiment, bien que par suite de manœuvres frauduleuses, que ce preneur bénéficiât du chèque: voir les propos du lord juge Buckley à [1908] 1 K.B. 13, à la p. 22, et de lord Robertson à [1908] A.C. 137, à la p. 140.

Dans les faits, *Harley v. Bank of Toronto* est un cas où la banque a été tenue responsable parce que le preneur, loin d'être fictif ou inexistant, était une personne connue du tireur qui désirait que ledit preneur reçoive le montant du chèque. Si la question de l'existence du preneur désigné doit être tranchée *post facto*, sans tenir compte de la connaissance du tireur à l'époque de l'émission des chèques, l'intention du tireur quant au paiement ne devrait-elle pas également être déterminée *post facto*? Si tel était le cas, il n'y a aucun doute que le

not intend payment to a person not entitled thereto.

The Quebec Court of Appeal purported to apply the *Harley* case in *Banque de Montréal v. Barbeau*¹⁰, a case far removed from the *Harley* case on its facts. In the *Barbeau* case, a fraudulent agent obtained a cheque from Barbeau as a deposit on the purchase of a small building from the owner who was falsely alleged by the agent to be one Leo Maher. The agent brought an acceptance of Barbeau's offer to purchase signed in the name of Leo Maher. Thereupon the agent went to the drawee bank accompanied by one Leo Maheu, had the cheque certified and then went to the appellant Bank of Montreal where he presented the cheque for payment after endorsing it in the name of Leo Maher. When asked who was Leo Maher he pointed to Maheu who was standing by, and the cheque was cashed when a relative of the fraudulent agent and employed by the bank, vouched for him.

I am unable to appreciate how the *Harley* case is of assistance in the *Barbeau* case where it was clear that the payee was not known to the drawer other than as a mere name. In the *Barbeau* case, as in the judgment of the Quebec Court of Appeal in the present case, reliance was placed on the summation of the case law on fictitious or non-existing payees as set out in Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (and I refer to the current 7th ed. 1969), at pp. 485-486, as follows:

In the case of a bill drawn by Adam Bede upon John Alden payable to Martin Chuzzlewit, the payee may or may not be fictitious or non-existing according to the circumstances:

(1) If Martin Chuzzlewit is not the name of any real person known to Bede, but is merely that of a creature of the imagination, the payee is non-existing, and is probably also fictitious.

(2) If Bede for some purpose of his own inserts as payee the name of Martin Chuzzlewit, a real person who was known to him but whom he knows to be dead, the payee is non-existing, but is not fictitious.

(3) If Martin Chuzzlewit is the name of a real person known to Bede, but Bede names him as payee by way of

tireur n'aurait certes pas eu l'intention de payer une personne qui n'a pas droit à ce paiement.

La Cour d'appel du Québec a prétendu appliquer l'arrêt *Harley* dans l'affaire *Banque de Montréal c. Barbeau*¹⁰, une cause où les faits diffèrent beaucoup de ceux de l'affaire *Harley*. Un agent malhonnête se fit remettre par Barbeau un chèque à titre de dépôt sur le prix d'achat d'un petit immeuble qui, selon la fausse déclaration de l'agent, était la propriété d'un nommé Léo Maher. L'agent rapporta à Barbeau une acceptation de son offre d'achat, signée du nom de Léo Maher. Ensuite, l'agent se rendit à la banque tirée en compagnie d'un nommé Léo Maheu pour y faire viser le chèque. Puis il se rendit à la Banque de Montréal, l'appelante, où il encaissa le chèque après l'avoir endossé au nom de Léo Maher. Lorsqu'on lui demanda qui était Léo Maher, il a désigné Maheu qui se tenait à distance, et le chèque fut ainsi payé à l'agent malhonnête après qu'un membre de sa famille, qui travaillait à la banque, se fût porté garant pour lui.

Je ne vois pas quel rapport l'arrêt *Harley* peut avoir avec l'affaire *Barbeau* où il était clair que sauf son nom, le preneur était inconnu du tireur. Dans l'affaire *Barbeau*, comme dans l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, on s'est appuyé sur le sommaire de la jurisprudence sur les preneurs fictifs ou inexistantes que l'on trouve dans Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (je renvoie à la dernière édition, soit la 7^e en date de 1969), aux pp. 485 et 486:

[TRADUCTION] Dans le cas d'une lettre de change dont le tireur est Adam Bede, le tiré John Aiden et le preneur Martin Chuzzlewit, ce dernier est fictif ou inexistant ou ne l'est pas selon les circonstances:

(1) Si Martin Chuzzlewit n'est pas le nom d'une personne existante que Bede connaît, mais seulement le fruit de l'imagination de ce dernier, le preneur est inexistant et, vraisemblablement aussi, fictif.

(2) Si Bede, pour ses fins propres, inscrit comme preneur le nom de Martin Chuzzlewit, une personne ayant déjà existé, qu'il connaissait et sait être décédée, le preneur est inexistant mais il n'est pas fictif.

(3) Si Martin Chuzzlewit est le nom d'une personne existante que Bede connaît, mais qu'il inscrit comme

¹⁰ [1963] Que. Q.B. 753.

¹⁰ [1963] B.R. 753.

pretence, not intending that he should receive payment, the payee is fictitious but is not non-existing.

(4) If Martin Chuzzlewit is the name of a real person, intended by Bede to receive payment, the payee is neither fictitious nor non-existing, notwithstanding that Bede has been induced to draw the bill by the fraud of some other person who has falsely represented to Bede that there is a transaction in respect of which Chuzzlewit is entitled to the sum mentioned in the bill.

It is the fourth proposition in the summary aforesaid that applies to the padded payroll cases. Curiously enough, in my view, although knowledge runs through the first two propositions and knowledge and intention run through the third, knowledge is dropped from the fourth. Knowledge, at least in the sense of awareness of the existence of the payee and who he was, existed in the *Vagliano* case and, similarly, in the *Macbeth* case. In those cases, there was but one payee and, although, in *Vinden v. Hughes* there were twenty-seven cheques payable to various creditor customers of the drawer, yet, on the facts, it appears (according to the submissions of the drawer's counsel) that the payees were all well-known customers of the drawer. It seems to me that the fourth proposition in Falconbridge, *supra*, assumes knowledge of the existence of the payee, although this is not made explicit.

Harley v. Bank of Toronto was applied by the Ontario Court of Appeal in *Bank of Toronto v. Smith*¹¹, a rare instance in our case law of a fraudulent procurement of a cheque by an impostor who cashed it on a forged endorsement. The question whether the cheque was payable to a fictitious or non-existent person within s. 21(5) of the *Bills of Exchange Act* was determined by applying the rationale of *Vinden v. Hughes* and of the *Macbeth* case. It was held that because the drawer intended the named payee to receive the proceeds of the cheque (although the name was used to perpetrate the fraud), the instrument was not payable to a fictitious or non-existing person.

¹¹ [1950] O.R. 457.

preneur dans un but frauduleux n'ayant pas l'intention d'avantager monétairement ce preneur, le preneur est une personne fictive mais non inexistante.

(4) Si Martin Chuzzlewit est le nom d'une personne existante à qui Bede destine le paiement, le preneur n'est ni fictif, ni inexistant, quoique Bede ait été amené à rédiger la lettre de change par des manœuvres frauduleuses d'une autre personne qui a fait croire à Bede qu'il y a une transaction au regard de laquelle Chuzzlewit a droit au montant spécifié dans la lettre de change.

C'est la quatrième proposition qui vise les cas de gonflage des feuilles de paie. Bien que les deux premières tiennent compte de la connaissance et la troisième, de la connaissance et de l'intention, il est assez curieux, à mon avis, que la connaissance soit absente de la quatrième. La connaissance, pour autant qu'elle signifie le fait d'être au courant de l'existence du preneur et de son identité, était démontrée dans l'affaire *Vagliano* et dans l'affaire *Macbeth*. Dans ces causes-là, il n'y avait qu'un seul preneur et, bien que dans *Vinden v. Hughes* il y ait eu vingt-sept chèques payables à l'ordre de divers clients créanciers du tireur, il semble que dans les faits (selon les allégations de l'avocat du tireur) tous ces preneurs étaient des clients bien connus du tireur. Il me semble que la quatrième proposition de Falconbridge, précité, présume la connaissance de l'existence du preneur, bien que cela ne soit pas explicité.

L'arrêt *Harley v. Bank of Toronto* a été suivi par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Bank of Toronto v. Smith*¹¹, un des rares cas dans notre jurisprudence où il est question de l'obtention frauduleuse d'un chèque par un imposteur qui l'a ensuite encaissé sur un faux endossement. La question de savoir si le chèque était payable à une personne fictive ou inexistante au sens du par. (5) de l'art. 21 de la *Loi sur les lettres de change* a été tranchée en appliquant les principes énoncés dans *Vinden v. Hughes* et dans *Macbeth*. On a jugé que l'effet de commerce n'était pas payable à une personne fictive ou inexistante parce que le tireur destinait le montant du chèque au preneur dont le nom y était inscrit (bien que le nom du preneur ait été utilisé dans un but de fraude).

¹¹ [1950] O.R. 457.

Three fairly recent cases in Canadian Courts, one in British Columbia's Supreme Court and two in the Quebec Courts (in the Superior Court and in the Court of Appeal respectively) deserve some mention. *Zurich Life Insurance Co. of Canada v. Royal Bank of Canada*¹² was a case where an employee of an insurer fraudulently requested in the name of an insured, withdrawal of part of some money which had been deposited to answer for future premiums. The dishonest employee misappropriated and cashed, on forged endorsements of the payee's name and his own, the cheque issued by the insurer in compliance with the withdrawal request. The cheque carried a statement that personal endorsement of the payee was required, and one of the grounds of decision against the bank was its failure to verify the endorsement of the payee and the dishonest employee's authority in respect of banking transactions of the insurer. The Court, however, also founded itself on *Harley v. Bank of Toronto*, holding that there being a real drawer who intended to pay the named payee, the matter was concluded against the bank's contention that the cheque could be treated as payable to bearer.

The two Quebec cases deal with issues that had not been dealt with in earlier English and Canadian cases, namely, vicarious liability and burden of proof. The later of the two cases, *Banque Royale du Canada v. Manufacturers Life Insurance Co. et Ménard*¹³, concerned a fraud practised by an agent of the insurer on Ménard who had turned over a large sum of money in cash and bonds to the agent to buy endowment policies for Ménard's children, the payments to begin in twenty years. On its agent's advice, the insurer began to issue cheques to the children immediately and the cheques were delivered to the agent who forged the endorsements. In rejecting the bank's contention that the cheques should be treated as payable to bearer, the Court refused to attribute the intention of the agent to his employer, although he was the person on whose advice the employer acted, and contended itself with an affirmation that the case was

¹² (1973), 36 D.L.R. (3d) 750 (B.C.).

¹³ [1974] C.A. 462.

Il convient de mentionner ici trois causes relativement récentes entendues par des tribunaux canadiens, une par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, les deux autres par des tribunaux du Québec (la Cour supérieure et la Cour d'appel respectivement). *Zurich Life Insurance Co. of Canada v. Royal Bank of Canada*¹² traite du cas d'un employé d'un assureur qui a frauduleusement formulé, au nom d'un assuré, une demande de retrait d'une partie d'une somme d'argent déposée pour défrayer des primes à venir. L'employé malhonnête a soustrait et encaissé sur un faux endorsement, au nom du preneur et le sien, le chèque émis par l'assureur en conformité de la demande de retrait. Il était inscrit sur le chèque que l'endorsement personnel du preneur était nécessaire, et la décision rendue contre la banque se fonde, entre autres, sur le fait que cette dernière a négligé de vérifier l'endorsement du preneur ainsi que l'autorisation que détenait l'employé malhonnête au regard des transactions bancaires de l'assureur. Cependant, la Cour s'est aussi appuyée sur *Harley v. Bank of Toronto* en ce qu'elle a décidé que le chèque ne pouvait pas être considéré comme payable au porteur, contrairement aux prétentions de la banque, parce que le tireur destinait le montant du chèque au preneur désigné.

Les deux causes en provenance du Québec traitent de questions qui n'avaient jamais été examinées auparavant en jurisprudence anglaise ou canadienne, soit la responsabilité patronale et le fardeau de la preuve. La plus récente, *Banque Royale du Canada c. Manufacturers Life Insurance Co. et Ménard*¹³, traite d'une fraude commise par un agent d'un assureur aux dépens d'un nommé Ménard qui avait remis à l'agent une forte somme en espèces et en obligations dans le but d'obtenir des polices d'assurance mixte pour ses enfants. Les premiers versements devaient avoir lieu dans vingt ans. Sur l'avis de son agent, l'assureur commença immédiatement à émettre des chèques aux enfants. Ces chèques étaient remis à l'agent qui les encaissait sur de faux endorsements. Rejetant la prétention de la banque à l'effet que les chèques devraient être considérés comme payables au porteur, la Cour a refusé d'assimiler l'in-

¹² (1973), 36 D.L.R. (3d) 750 (C.-B.).

¹³ [1974] C.A. 462.

governed by *Vinden v. Hughes* where, so far as the reasons disclose, the agency issue was not considered.

The second Quebec case is *Bromont Inc. v. Banque Canadienne Nationale*¹⁴, a judgment of Nolan J. It is important on two counts. It affirms, in the first place, that where the payroll fraud is perpetrated by an authorized co-signer of a company's cheques, the second required signature being given as a formality on his request, the drawee bank is protected. Clearly, in the language of some of the cases, the dishonest co-signer never intended that the named payees should obtain the proceeds, even though they were existing persons. The second reason for the importance of the case is in the following statement on burden of proof (at p. 970):

In any event the Court feels that where the drawer of a cheque payable to order seeks to recover from the drawee the amount which the latter paid out of the funds of the drawer upon a forged endorsement, the drawer should have the burden of proving not only that the cheque was made payable to an existing person but also that it was intended that the designated payee would get the proceeds of the cheque. . . .

Obviously, this burden could not be discharged on the facts of the *Bromont* case.

Nolan J.'s view of the burden of proof is couched in terms which go beyond the state of facts which were before him. Since it would be unlikely that the drawer of numerous payroll cheques would know of the existence of the named payees except through the assurance of someone responsible for making up the payroll, a required offer of proof that the payees are existing persons, to whom the drawer intended the proceeds of the cheques should go, could mean that the fraudulent payroll clerk's knowledge of who were the payees would be attributed to the drawer. What of intention? The drawer, if not involved in any fraud, would of course intend that existing persons get

tention de l'agent à celle de son employeur, bien que l'employeur eût agi sur l'avis de cet agent, et elle s'est contentée de déclarer que la cause était régie par *Vinden v. Hughes* où, pour autant que le révèlent les motifs de jugement, la question du mandat n'a pas été examinée.

La seconde cause en provenance du Québec est *Bromont Inc. c. Banque Canadienne Nationale*¹⁴, un jugement du juge Nolan. Ce jugement comporte deux aspects importants. En premier lieu, il statue que la banque tirée est protégée lorsqu'une fraude du présent type est commise par un cosignataire autorisé à signer les chèques d'une compagnie et la seconde signature requise est une simple formalité accomplie sur demande de ce dernier. Il est clair que dans certaines causes, le cosignataire malhonnête n'avait aucunement l'intention d'avantager monétairement les preneurs inscrits même si ces derniers étaient des personnes existantes. En second lieu, ce jugement est important en raison de l'énoncé suivant sur le fardeau de la preuve (à la p. 970):

[TRADUCTION] De toute façon la Cour est d'avis que lorsque le tireur d'un chèque payable à ordre cherche à recouvrer du tiré le montant que ce dernier a payé sur un faux endossement à même les fonds du tireur, il incombe à ce tireur de prouver non seulement que le chèque était payable à une personne existante mais aussi qu'il destinait au preneur inscrit sur le chèque le montant de ce chèque. . . .

Évidemment, dans les faits de l'affaire *Bromont*, on ne pouvait pas se décharger d'un tel fardeau.

L'opinion du juge Nolan sur le fardeau de la preuve est formulée en des termes qui débordent les faits qui se présentaient à lui. Puisqu'il est peu probable que le tireur de nombreux chèques de paie soit au courant de l'existence des preneurs qui y sont inscrits, sauf en vérifiant auprès de la personne chargée de préparer les feuilles de paie, l'obligation de prouver que les preneurs sont des personnes existantes à qui le tireur destine le montant des chèques peut signifier qu'on attribue au tireur la connaissance qu'a de l'identité des preneurs le commis malhonnête préposé aux feuilles de paie. Qu'advient-il de l'intention? Le tireur, s'il n'est partie à aucune fraude, aurait naturellement

¹⁴ [1973] C.S. 959.

¹⁴ [1973] C.S. 959.

the proceeds of the cheques but that would not be the fraudulent payroll clerk's intention. Is his intention also to be attributed to the drawer?

Strangely enough, in none of the leading cases in England and in Canada on the subject under discussion is there any evident concern with burden of proof or with the agency issue of the attribution to the drawer of the knowledge and intention of the fraudulent payroll clerk. A line of American cases on forged cheques arising out of payroll padding does take the view that agency law forbids such attribution: see, for example, *Shipman v. Bank of the State of New York*¹⁵; *United States Cold Storage Co. v. Central Manufacturing District Bank*¹⁶. In the United States, the *Uniform Negotiable Instruments Law*, promulgated in 1896, went beyond the terms of s. 7(3) of the English *Bills of Exchange Act* and s. 21(5) of the Canadian Act by providing that an instrument is payable to bearer "when it is payable to the order of a fictitious or non-existent person and such fact was known to the person making it so payable". The problems raised by this formulation were canvassed in the *Comment* in (1951), 18 U. of Chi. L. Rev. 281, previously mentioned. It is enough to say here that the *Uniform Commercial Code*, 1952, which supplanted in one of its parts the *Uniform Negotiable Instruments Law*, has dealt directly with the payroll padding problem in section 3—405, as follows:

Section 3—405. Impostors; Signature in Name of Payee.

(1) An indorsement by any person in the name of a named payee is effective if

(a) an impostor by use of the mails or otherwise has induced the maker or drawer to issue the instrument to him or his confederate in the name of the payee; or

(b) a person signing as or on behalf of a drawer intends the payee to have no interest in the instrument; or

¹⁵ (1891), 27 N.E. 371 (N.Y.).

¹⁶ (1931), 175 N.E. 825 (Ill.).

l'intention de payer le montant des chèques à des personnes existantes, mais telle ne serait pas l'intention du commis malhonnête. Est-ce que l'intention de ce dernier doit également être attribuée au tireur?

Aussi étrange que cela puisse paraître, la jurisprudence anglaise et canadienne sur le sujet à l'étude ne semble aucunement toucher la question du fardeau de la preuve ou du mandat sur la possibilité d'attribuer au tireur la connaissance et l'intention du commis malhonnête préposé aux feuilles de paie. Une série de décisions américaines traitant de ce genre de chèques contrefaits veut que le droit du mandat interdise une telle attribution: voir, par exemple, *Shipman v. Bank of the State of New York*¹⁵; *United States Cold Storage Co. v. Central Manufacturing District Bank*¹⁶. Aux États-Unis, le *Uniform Negotiable Instruments Law* promulgué en 1896, allait au-delà des dispositions du par. (3) de l'art. 7 du *Bills of Exchange Act* anglais et du par. (5) de l'art. 21 de la loi canadienne en ce qu'il décrétait qu'un effet de commerce est payable au porteur [TRADUCTION] «lorsqu'il est payable à l'ordre d'une personne fictive ou inexistante et que ce fait était connu de la personne qui l'a fait ainsi payable». Les problèmes soulevés par cette formulation ont été discutés dans le *Comment*, mentionné précédemment, que l'on retrouve à (1951), 18 U. of Chi. L. Rev. 281. Il suffit de dire ici que le *Uniform Commercial Code*, 1952, dont une des parties a remplacé le *Uniform Negotiable Instruments Law*, traite explicitement, à son article 3—405, des cas de gonflage de feuilles de paie:

[TRADUCTION] Article 3—405. Imposteurs; signature au nom du preneur.

(1) Un endossement apposé par une personne quelconque au nom d'un preneur désigné est valide si

(a) un imposteur, par voie du courrier ou autrement, a amené le tireur d'un effet de commerce à le lui délivrer, ou à le délivrer à son complice au nom du preneur; ou

(b) la personne qui signe comme tireur ou en son nom n'a pas l'intention d'accorder au preneur un droit dans l'effet de commerce; ou

¹⁵ (1891), 27 N.E. 371 (N.Y.).

¹⁶ (1931), 175 N.E. 825 (Ill.).

(c) an agent or employee of the drawer has supplied him with the name of the payee intending the latter to have no such interest. . . .

The question for this Court is whether agency law precludes the attribution to a drawer of the knowledge and intention of a fraudulent agent or employee who, for his own purposes, carries out a fraud upon his principal in a transaction whose consummation involves third parties and, as in this case, drawee banks which are likely to suffer loss as a result of the fraud. In so far as agency law may have presented an insurmountable hurdle in the United States in such a situation, it has been overcome by the provisions of the *Uniform Commercial Code*, quoted above. I am far from accepting the proposition that a legislative provision is equally necessary here. Moreover, s. 10 of our *Bills of Exchange Act* permits a common law solution; it reads as follows:

10. The rules of the common law of England, including the law merchant, save in so far as they are inconsistent with the express provisions of this Act, apply to bills of exchange, promissory notes and cheques.

I would not agree, however, that the route suggested in the *Bromont* case is the proper one. That was a case where, in effect, the drawer was the fraudulent party. In a case where the drawer or actual signer of the cheques is not a party to a payroll fraud, it should be enough for him to lead evidence that the drawee bank paid on a forged endorsement, and it would then be for the bank to lead evidence in support of a contention that the instrument was payable to bearer. I say this because I cannot read s. 49(1) otherwise than as obliging the bank which pays on a forged endorsement to establish on a balance of probabilities some valid ground for avoiding the liability that would otherwise rest on it. I do not think that there is a strict parallel with the situation in England since there, as already noted, a drawee bank is not liable if, in good faith, it pays on a forged endorsement.

(c) un agent ou employé du tireur a fourni à ce dernier le nom du preneur avec l'intention que ce preneur n'ait aucun droit dans l'effet de commerce.

...

Il s'agit donc pour cette Cour de déterminer si le droit du mandat interdit l'attribution au tireur de la connaissance et de l'intention du mandataire ou employé fraudeur qui, pour son propre avantage, commet une fraude à l'égard de son mandant à l'occasion d'une transaction impliquant des tiers et, comme en l'espèce, des banques tirées susceptibles d'essuyer une perte en conséquence de la fraude. Pour autant que le droit régissant le mandat ait pu représenter un obstacle insurmontable aux États-Unis dans une telle situation, cet obstacle a été surmonté par les dispositions du *Uniform Commercial Code* citées précédemment. Je ne suis pas du tout convaincu qu'une disposition législative est également nécessaire ici. De plus, l'art. 10 de notre *Loi sur les lettres de change* autorise une solution fondée sur la *common law*. En voici le texte:

10. Les règles de la *common law* d'Angleterre, y compris le droit commercial, sauf dans la mesure où elles sont opposées aux dispositions formelles de la présente loi, s'appliquent aux lettres de change, aux billets à ordre et aux chèques.

Cependant, je ne pense pas que la solution proposée dans l'affaire *Bromont* soit la bonne. Il s'agissait là d'une affaire où le tireur était en réalité partie à la fraude. Dans un cas où le tireur ou signataire des chèques n'est pas partie à la fraude, il devrait suffire pour lui de prouver que la banque tirée a payé sur un faux endossement. Il incombera ensuite à la banque de prouver que l'effet de commerce était payable au porteur. Je dis cela parce qu'il me faut inéluctablement déduire du par. (1) de l'art. 49 que la banque qui a payé sur un faux endossement, a l'obligation d'établir, selon la prépondérance des probabilités, un motif valable pour échapper à la responsabilité qui autrement lui incombe. Je ne crois pas que l'on puisse faire ici exactement le même raisonnement qu'en Angleterre puisque, comme je l'ai déjà souligné, la banque tirée n'y est pas responsable si, de bonne foi, elle paie sur un faux endossement.

To discharge its burden the bank would have to adduce evidence, either directly or by cross-examination, on which a finding could be made that to the knowledge of the drawer the payee was non-existent and the drawer did not intend that the proceeds of the cheque should go to the named payee: see the *Macbeth* case, *supra*, per Lord Loreburn, at p. 139. It may be that a trial judge might be able to make such findings where the evidence shows that the drawer did not personally know the named payee or payees and there is surrounding evidence which would justify an inference that to the drawer's knowledge the payees were non-existent and there was no intention that they should have the proceeds of the cheques payable to their order. This is not a likelihood in the general run of payroll padding cases where the actual drawer is innocent of the fraud perpetrated upon him by a payroll clerk, especially where fraud involves the use of the names of persons in existence. In such cases, the discharge by the drawee bank of the burden upon it would require that the knowledge and intention of a faithless employee be imputed to the drawer or that the drawer be estopped from denying that the employee's knowledge and intention was that of the drawer.

In approaching this issue, I would distinguish three situations which have been treated in the case law and in the leading textbook in this country, Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, *supra*, as not warranting differentiation. Thus, in the fourth proposition quoted above from that textbook, the author speaks of the fraud of "some other person", that is, other than the drawer, which induced the drawing of the bill in the illustration there given. That person may, however, be a third person, as he was in the *Agricultural Savings and Loan Association* case, as he was in the *Macbeth* case, as he was in *Bank of Toronto v. Smith* and as he was in the *Barbeau* case; or he may be an employee who has been authorized to issue negotiable instruments, as in the *Bromont* case; or he may be an employee who has no authority to issue negotiable instruments but, on the other hand, is charged with the duty of making up the payroll for presentation to those authorized

Pour s'acquitter de son obligation la banque doit donc, soit directement ou par contre-interrogatoire, produire une preuve sur laquelle il sera possible de fonder la conclusion que le tireur était au courant de l'inexistence du preneur et le tireur n'avait pas l'intention de payer le montant du chèque au preneur qui y est inscrit: voir les propos de lord Loreburn dans l'affaire *Macbeth*, précitée, à la p. 139. Il se peut que le juge du procès puisse tirer cette conclusion quand la preuve démontre que le tireur ne connaissait pas personnellement le ou les preneurs désignés et il y a des éléments de preuve qui permettent de déduire que le tireur savait que les preneurs étaient inexistantes et n'avait aucunement l'intention de leur payer le montant des chèques faits payables à leur ordre. Cela n'est guère probable dans la plupart des cas de gonflage de feuilles de paie où le tireur n'est aucunement partie à la fraude commise à ses dépens par le commis chargé de les préparer, surtout lorsque le fraudeur utilise les noms de personnes existantes. Dans de tels cas, la banque tirée ne peut se décharger de son obligation que par l'attribution au tireur de la connaissance et de l'intention de l'employé déloyal ou par une fin de non-recevoir opposable au tireur pour l'empêcher de nier avoir fait siennes la connaissance et l'intention de l'employé déloyal.

Sur ce point, je dois distinguer trois situations que la jurisprudence et l'ouvrage qui fait autorité en ce pays, Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, précité, ont traité sur le même pied. Dans la quatrième proposition citée précédemment et extraite de Falconbridge, celui-ci parle des manœuvres frauduleuses «d'une autre personne», c'est-à-dire une personne autre que le tireur qui, dans l'exemple donné, a provoqué l'émission de la lettre de change. Cette personne peut être un tiers comme ce fut le cas dans l'affaire *Agricultural Savings and Loan Association*, dans l'affaire *Macbeth*, dans l'affaire *Bank of Toronto v. Smith* ainsi que dans l'affaire *Barbeau*; elle peut être un employé autorisé à émettre des effets de commerce négociables comme dans l'affaire *Bromont* ou, encore, elle peut être un employé qui n'est pas autorisé à émettre des effets de commerce négociables mais qui, d'autre part, est chargé de préparer les feuilles de paie qui seront présentées aux per-

to issue cheques in the name of the drawer. I am satisfied that a third party who by fraud induces the drawing of a cheque and makes off with the proceeds will not (unless there is complicity of the actual drawer) implicate the drawer so as to protect the drawee bank which pays on the forged endorsement. I am satisfied also that the drawer is implicated where the fraud is that of the authorized signer. This leaves for consideration the third situation, which is the one presented in this case.

Agency law, especially as it relates to vicarious liability in tort, has long ago departed from strict conceptions of authority (see, for example, *Limpus v. London General Omnibus Co.*¹⁷) and has, similarly, departed from notions of benefit or detriment so that an employer may be held vicariously liable to a person injured by his employee's negligence, even though the employee has, while acting within the scope of his employment, carried out his duties in a way expressly prohibited by the employer: see, for example, *Lockhart v. Stinson and C.P.R.*¹⁸; and cf. *Rose v. Plenty*¹⁹.

Again, even where the employee defrauds a third person, his employer may have to answer for the fraud, as was the case in *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*²⁰, where a solicitor's clerk, acting in the course of his employment, and held out as authorized to deal with clients of the solicitor, defrauded a client of her property. The principle underlying this and other cases is an old one, based on a broad rule of policy, stated for England nearly three hundred years ago in *Hern v. Nichols*²¹ and restated in fuller terms by the House of Lords in *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, *supra*. There, Lord Shaw of Dunfermline put it as follows (at pp. 739-40):

The case is in one respect the not infrequent one of a situation in which each of two parties has been betrayed or injured by the fraudulent conduct of a third. I look upon it as a familiar doctrine as well as a safe general rule, and one making for security instead of uncertainty

sonnes autorisées à émettre les chèques au nom du tireur. Je suis convaincu qu'en l'absence de complicité, le tiers qui provoque frauduleusement l'émission d'un chèque et s'empare du produit, ne lie pas le tireur de façon à protéger la banque tirée qui paye le chèque sur un faux endossement. D'un autre côté, je suis également convaincu que le tireur est lié lorsque c'est un signataire autorisé qui a commis la fraude. Il reste à examiner la troisième situation que l'on retrouve d'ailleurs en l'espèce.

Le droit du mandat s'est depuis longtemps écarté du concept restrictif du pouvoir, surtout en ce qui a trait à la responsabilité patronale en matière délictuelle (voir, par exemple, *Limpus v. London General Omnibus Co.*¹⁷.) On a semblablement écarté les notions d'avantage ou de préjudice, de sorte qu'un employeur peut être tenu responsable envers une personne blessée par la négligence de son employé même si ce dernier, agissant dans le cadre de son emploi, a accompli sa tâche d'une façon expressément interdite par l'employeur: voir, par exemple, *Lockhart c. Stinson et la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique*¹⁸; et cf. *Rose v. Plenty*¹⁹.

De plus, l'employeur peut avoir à répondre de la fraude commise par son employé envers un tiers, comme ce fut le cas dans *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*²⁰, où le commis d'un avocat a escroqué deux immeubles à une cliente alors qu'il agissait dans le cadre de son emploi et se déclarait autorisé à négocier avec les clients de l'avocat. Cette décision-là ainsi que plusieurs autres sont fondées sur un vieux principe général énoncé en Angleterre il y a près de trois siècles dans *Hern v. Nichols*²¹ et que lord Shaw of Dunfermline a reformulé de façon plus complète dans *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, précité (aux pp. 739-740):

[TRADUCTION] Sous un rapport, cette cause nous présente la situation assez fréquente où chacune des deux parties a été trahie ou lésée par les manœuvres frauduleuses d'un tiers. Je considère comme une doctrine connue, comme une bonne règle générale, facteur

¹⁷ (1862), 1 H. & C. 526, aff'd 9 Jur. N.S. 333.

¹⁸ [1941] S.C.R. 278, aff'd [1942] A.C. 591.

¹⁹ [1976] 1 All E.R. 97.

²⁰ [1912] A.C. 716.

²¹ (1708), 1 Salk. 289, 91 E.R. 256.

¹⁷ (1862), 1 H. & C. 526, conf. 9 Jur. N.S. 333.

¹⁸ [1941] R.C.S. 278, conf. [1942] A.C. 591.

¹⁹ [1976] 1 All E.R. 97.

²⁰ [1912] A.C. 716.

²¹ (1708), 1 Salk. 289, 91 E.R. 256.

and insecurity in mercantile dealings, that the loss occasioned by the fault of a third person in such circumstances ought to fall upon the one of the two parties who clothed that third person as agent with the authority by which he was enabled to commit the fraud. . . .

This Court too has recognized the principle, as witness *The Queen v. Levy Bros. Ltd.*²², at p. 192, where Ritchie J. quoted with approval the following passage from *Story on Agency* (7th ed.) para. 452:

. . . he (the principal) is held liable to third persons in a civil suit for the frauds, deceits, concealments, misrepresentations, torts, negligences, and other malfeasances, or misfeasances, and omissions of duty, of his agent, in the course of his employment, although the principal did not authorize, or justify, or participate in, or, indeed, know of such misconduct, or even if he forbade the acts, or disapproved of them.

The tort cases, generally, involve situations where the employer's vicarious liability results from the negligence or fraud of the agent or employee committed against the injured or defrauded third party. Nonetheless, they have also involved situations where the deceit of the employee or agent is carried against the innocent plaintiff through the employer or the principal: see *S. Pearson & Son Ltd. v. Dublin Corp.*²³. In *Anglo Scottish Beet Sugar Corp. Ltd. v. Spalding U.D.C.*²⁴, Atkinson J. referred to the *Pearson* case as follows (at p. 620):

. . . the position was that there was evidence that certain agents of the defendants had made dishonest representations which were handed on to the plaintiffs by an innocent principal, and then arose the question, was the condition which would by common consent not have protected the principal from the principal's own fraud, effective to protect him from the fraud of his agent; and it was held that the fraud of the agent must be deemed to be the fraud of the principal and that the clause was no protection.

Lord Denning referred to the *Pearson* case in more qualified terms, saying of it in *Egger v. Viscount Chelmsford*²⁵, at p. 262 that "it must be remem-

de sécurité plutôt que d'incertitude et de risque dans les relations commerciales, le principe que la perte causée par la faute du tiers en de telles circonstances doit être supportée par celle des deux parties qui a mandaté ce tiers et l'a investi du pouvoir dont il s'est servi pour commettre la fraude. . . .

Cette Cour a également reconnu ce principe, comme en témoigne l'arrêt *La Reine c. Levy Bros. Ltd.*²², à la p. 192 où le juge Ritchie a cité approuvativement le passage suivant de *Story on Agency* (7^e ed.) par. 452:

[TRADUCTION] . . . dans une poursuite civile, il (le mandant) est responsable envers les tiers des fraudes, des supercheries, des réticences, des fausses déclarations, des délits, des négligences, des méfaits ou omissions de son mandataire, dans l'exercice de ses fonctions, même si le mandant n'a pas autorisé, légitimé ou couvert ces actes, même s'il ne les connaissait pas ou même s'il les avait interdits ou désapprouvés.

En général, les affaires délictuelles comportent des situations où la responsabilité patronale découle de la négligence ou de la fraude du mandataire ou employé au détriment du tiers lésé. Néanmoins, elles comportent également des situations où la supercherie de l'employé ou mandataire est commise au détriment du demandeur de bonne foi par l'intermédiaire de l'employeur ou mandant: voir *S. Pearson & Son Ltd. v. Dublin Corp.*²³. Dans *Anglo Scottish Beet Sugar Corp. Ltd. v. Spalding U.D.C.*²⁴, le juge Atkinson a traité de l'arrêt *Pearson* en ces termes (à la p. 620):

[TRADUCTION] . . . il était prouvé que certains mandataires de la défenderesse avaient fait des déclarations malhonnêtes qui avaient été communiquées à la demanderesse par un mandant de bonne foi, il s'agissait ensuite de savoir si la stipulation qui, l'on était d'accord à le reconnaître, n'aurait pas protégé le mandant des conséquences de sa propre fraude, pouvait le protéger des conséquences de la fraude commise par son mandataire; il a été décidé que la fraude du mandataire devait être considérée celle du mandant et la clause n'offrait aucune protection.

Dans *Egger v. Viscount Chelmsford*²⁵, lord Denning a parlé de l'arrêt *Pearson* en des termes plus mitigés disant que (à la p. 262) [TRADUCTION] «il

²² [1961] S.C.R. 189.

²³ [1907] A.C. 351.

²⁴ [1937] 2 K.B. 607.

²⁵ [1965] 1 Q.B. 248.

²² [1961] R.C.S. 189.

²³ [1907] A.C. 351.

²⁴ [1937] 2 K.B. 607.

²⁵ [1965] 1 Q.B. 248.

bered that those observations [the observations of Lord Loreburn and of Lord Halsbury in the *Pearson* case] were made in a case where a fraudulent agent made a false statement knowing it would be passed on innocently by the principal to a third person". This assessment is equally adaptable to the present case.

The payroll padding cases, now under discussion, do differ somewhat from the tort cases, even from those where the fraud of the agent or employee is carried to the injured party through an innocent principal. There is, of course, a similarity in so far as the fraud is launched through an innocent signer of the cheques. However, the dishonest payroll clerk is not acting within the scope of his employment (as he was when making up the payroll) when he obtains possession of the cheques and cashes them on forged endorsements. Nonetheless, at that stage, the question becomes whether the drawee bank is able to rely on s. 21(5) of the *Bills of Exchange Act* and treat the cheques as payable to bearer. I do not think that this question turns on how the matter looks after a full investigation of the extent of the fraud and of the forgery. The matter has crystallized when the payroll clerk, charged to make up the payroll, has introduced payees, whether imaginary or existing persons, to whom no money is owing, and the actual drawer makes out cheques payable to them.

There is a fine line, too fine in my opinion, between the case where the authorized signer of a cheque perpetrates a payroll fraud and the case where the fraud is perpetrated by a payroll clerk upon whose integrity the authorized signer generally must rely in making out the payroll cheques. The *Restatement of Agency Second* (1958) accepts this distinction, holding that a drawee bank which acts in good faith is protected in the first situation and liable to suffer the loss in the second situation: see s. 173, *Comment b*; s. 280, *Comment b*. The Reporter's notes to s. 280 point out, *inter alia*, that "imputing knowledge to the principal is a fictitious way of stating that the principal is liable for the conduct of the agent, and the fiction should be used only where it would be

faut se rappeler que ces remarques [celles de lord Loreburn et de lord Halsbury dans l'affaire *Pearson*] ont été formulées dans une affaire où le mandataire fraudeur avait fait une fausse déclaration sachant qu'elle serait de bonne foi transmise à un tiers par le mandant». La présente cause s'accommode également de cette appréciation.

Les affaires de gonflage de feuilles de paie diffèrent passablement des affaires délictuelles, même de celles où la fraude du mandataire ou employé est commise au détriment du tiers lésé par l'intermédiaire d'un mandant de bonne foi. Évidemment, il y a une ressemblance dans la mesure où le signataire des chèques participe de bonne foi à la fraude. Cependant, le commis malhonnête préposé aux feuilles de paie n'agit pas dans le cadre de ses fonctions (c'est-à-dire préparer les feuilles de paie) lorsqu'il s'empare des chèques et les encaisse sur de faux endossements. Néanmoins, à ce stade, la question est de savoir si la banque tirée peut invoquer le par. (5) de l'art. 21 de la *Loi sur les lettres de change* et considérer les chèques payables au porteur. Je ne crois pas que, pour y répondre, il y ait lieu de rechercher comment l'affaire se présente après enquête complète sur l'étendue de la fraude et de la contrefaçon. La situation s'est cristallisée lorsque le commis chargé de préparer les feuilles de paie y a inséré le nom de certaines personnes, fictives ou existantes, à qui rien n'est dû et à l'ordre de qui le véritable tireur a fait des chèques.

Il existe une distinction subtile, trop subtile à mon avis, entre le cas où une fraude du présent type est commise par le préposé autorisé à signer les chèques et le cas où la fraude est perpétrée par le commis chargé de préparer les feuilles de paie sur qui le signataire autorisé doit généralement se fier lorsqu'il émet les chèques de paie. Le *Restatement of Agency Second* (1958) accepte cette distinction et estime que la banque tirée qui agit de bonne foi est protégée dans le premier cas et responsable de la perte dans le second cas: voir art. 173, *Comment b*; art. 280, *Comment b*. Sous l'art. 280, le rédacteur souligne, entre autres, que [TRANSDUCTION] «attribuer au mandant la connaissance que l'agent a des faits est une façon détournée de dire que le mandant est responsable du comporte-

equitable to do so" (at p. 482 of *Restatement of Agency Second*, Appendix).

The distinction taken in the *Restatement of Agency Second* appears to be based on a line of cases different from the line that led to the development of the present law on vicarious liability in tort. That line is concerned with the question of how far notice to or knowledge of an agent of facts relating to a transaction which he is carrying out for the principal will be imputed to the latter. The general rule of imputation in such a case (and I state the matter broadly without the distinctions thrown up by the cases: see Powell, *Agency* (2nd ed. 1961) at pp. 236 ff.) has been held to be subject to an exception where the agent for his own purposes engages in a fraud against the principal: see, for example, Bowstead, *Agency* (13th ed. 1968), at pp. 356-57; *Corporation Agencies Ltd. v. Home Bank of Canada*²⁶, at p. 718. I do not think that this line of cases, concerned as they are with what a third party communicates to an agent and *vice versa*, or with what an agent knows or should know when acting for a principal, are applicable here. It seems to me that the tort cases offer a better analogy by posing the question as to when an employer's or an agent's interest adverse to the employer or principal takes him outside of the scope of his employment.

I have already referred to the policy considerations which, in my view, make it more equitable that the employer, the drawer in this case, should bear the loss rather than the drawee bank, unless it has been negligent or is otherwise precluded from invoking s. 21(5) of the *Bill of Exchange Act*.

There is no negligence or other basis of preclusion here. The evidence in this case indicates that the cheques presented for signature to the signing officer were signed in batches without verification, and the assertion of the trial judge that some of the payees were known to the drawer as being former employees to whom payment was intended can only be taken as a *post facto* conclusion

²⁶ [1925] S.C.R. 706, aff'd [1927] A.C. 318.

ment du mandataire, et ce détournement ne doit être admis que lorsqu'il est équitable» (à la p. 482 du *Restatement of Agency Second*, Annexe).

La distinction établie au *Restatement of Agency Second* semble fondée sur une jurisprudence différente de celle qui a mené au développement du droit actuel sur la responsabilité patronale en matière délictuelle. Elle recherche jusqu'à quel point la connaissance propre au mandataire des faits relatifs à une transaction qu'il exécute pour le mandant, va être attribuée à ce dernier. La règle générale d'attribution dans un tel cas (et je l'expose carrément sans tenir compte des distinctions apportées par la jurisprudence: voir Powell, *Agency* (2^e ed. 1961) aux pp. 236 et s.) admet une exception, le cas où pour ses fins propres, le mandataire fraude son mandat: voir, par exemple Bowstead, *Agency* (13^e ed. 1968), aux pp. 356-57; *Corporation Agencies Ltd. c. Home Bank of Canada*²⁶, à la p. 718. J'estime inapplicable en l'espèce cette jurisprudence où l'on considère essentiellement ce qu'un tiers a communiqué au mandataire et vice versa, ou ce qu'un mandataire connaît ou devrait connaître lorsqu'il agit pour le mandant. Il me semble que les affaires délictuelles offrent une meilleure analogie en ce qu'on s'y demande quand exactement l'activité d'un employé ou mandataire dans un intérêt contraire à celui de son employeur ou mandant a pour effet de le faire sortir de l'exercice de ses fonctions.

J'ai déjà examiné les considérations de principe qui, selon moi, font qu'il est plus équitable que l'employeur, en l'espèce le tireur, plutôt que la banque tirée supporte la perte à moins que la banque n'ait été négligente ou ne puisse, pour d'autres motifs, invoquer le par. (5) de l'art. 21 de la *Loi sur les lettres de change*.

En l'espèce, aucune négligence n'a été commise et il n'existe aucune fin de non-recevoir contre la banque. La preuve en la présente cause démontre que les chèques présentés au préposé autorisé à les signer ont été signés en paquets sans vérification, et l'assertion du juge de première instance que certains preneurs étaient connus du tireur à titre d'anciens employés à qui les paiements étaient

²⁶ [1925] R.C.S. 706, conf. [1927] A.C. 318.

arrived at by an examination of the cheques after the forgeries were discovered. No distinction can be drawn between the cheques payable to imaginary persons or persons who were not former employees and those who were formerly in the drawer's employ. None of these were entitled to the proceeds of the cheques, and I can see no basis for distinguishing these two classes of cases as to fictitiousness.

I would, therefore, allow the appeal, set aside the award to the respondent of \$67,470.13 with interest and dismiss the respondent's claim. The appellant is entitled to costs throughout.

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

PIGEON J.—This is an appeal against a decision of the Court of Appeal of Quebec, which affirmed the judgment of the Superior Court condemning the appellant Bank to pay respondent the sum of \$67,470.13, being the total amount of a large number of cheques cashed on forged endorsements.

The facts are not in dispute: the essential points are as follows. For more than a year, the employee of respondent who was responsible for paying its many workmen prepared cheques made payable to persons who were not entitled to them. All of these cheques were signed by a duly authorized officer at the same time as the other pay cheques. The dishonest employee took the cheques and received the amounts on forged endorsements. When the fraud was discovered, the Bank was given the notice required by s. 49(3) of the *Bills of Exchange Act*, (now R.S.C., c. B-5).

On a certain number of the fraudulently cashed cheques the payee's name was not that of any workman who had been employed by respondent. The trial judge considered these cheques as made payable to bearer according to s. 21(5) of the *Bills of Exchange Act*, which reads as follows:

destinés ne peut être considérée que comme une conclusion tirée *post facto* d'un examen des chèques fait après la mise à jour des contrefaçons. On ne doit faire aucune distinction entre les chèques payables à des personnes fictives ou des personnes qui ne sont pas d'anciens employés et des chèques payables à des personnes qui sont d'anciens employés du tireur. Aucun de ces preneurs n'avait droit au montant des chèques et je ne vois aucune raison de faire une distinction au niveau de l'aspect fictif entre ces deux types de cas.

Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais le jugement de \$67,470.13 avec intérêts accordé à l'intimée et je rejetterais l'action de l'intimée. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

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

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé le jugement de la Cour supérieure condamnant la banque appelante à payer à l'intimée la somme de \$67,470.13, soit le montant total d'un grand nombre de chèques payés sur des endossements faux.

Les faits ne sont pas contestés, en voici l'essentiel. L'employé de l'intimée chargé de voir à la paie de ses nombreux ouvriers a, pendant plus d'un an, préparé des chèques faits payables à des personnes qui n'y avaient aucun droit. Tous ces chèques ont été signés par un préposé dûment autorisé en même temps que les autres chèques de paie. L'employé malhonnête s'en est emparé et en a touché le montant sur des endossements faux. Lorsque la fraude a été découverte, l'avis requis a été donné à la Banque suivant le par. 3 de l'art. 49 de la *Loi sur les lettres de change* (aujourd'hui S.R.C. c. B-5).

Sur un certain nombre des chèques encaissés frauduleusement, le nom du preneur n'est celui d'aucun ouvrier ayant été à l'emploi de l'intimée. Ces chèques-là ont été considérés par le premier juge comme faits payables au porteur suivant le par. 5 de l'art. 21 de la *Loi sur les lettres de change* qui se lit comme suit:

(5) Where the payee is a fictitious or non-existing person, the bill may be treated as payable to bearer.

The cheques for which the claim was allowed were all made payable to workmen who had been in the employ of respondent, but to whom nothing was due for the pay period concerned. In this regard, the parties signed the following admission at the trial:

The names inserted as those of the payees of the cheques to which reference is made in the lists of fraudulent payees filed: . . .

c) in case No. 681,012 as P-5 totalling \$67,470.13

were the names of persons formerly employed by Plaintiffs but not in their employ when the cheques were made.

Following a very thorough review of the relevant case law the Court of Appeal, like the Superior Court, applied the rule set forth as follows by Falconbridge in *Banking and Bills of Exchange*, 6th ed., at p. 468:

(4) If Martin Chuzzlewit is the name of a real person, intended by Bede to receive payment, the payee is neither fictitious or non-existing, notwithstanding that Bede has been induced to draw the bill by the fraud of some other person who has falsely represented to Bede that there is a transaction in respect of which Chuzzlewit is entitled to the sum mentioned in the bill.

All the recent Canadian cases have followed this rule: *Harley v. Bank of Toronto*²⁷ (Court of Appeal of Ontario); *Bank of Montreal v. Barbeau*²⁸ (Court of Appeal of Quebec); *Zurich Life Insurance Co. of Canada v. Royal Bank of Canada*²⁹ (Supreme Court of British Columbia). This line of authority is based on the decision of the English Court of Appeal in *Vinden v. Hughes*³⁰, and on that of the House of Lords in *North & South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*³¹.

²⁷ [1938] 2 D.L.R. 135.

²⁸ [1963] Que. Q.B. 753.

²⁹ (1973), 36 D.L.R. (3d) 750.

³⁰ [1905] 1 K.B. 795.

³¹ [1908] A.C. 137.

5. Lorsque le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas, la lettre de change peut être considérée comme payable au porteur.

Les chèques pour le montant desquels la poursuite a été accueillie ont tous été faits payables à des ouvriers qui avaient été au service de l'intimée mais auxquels il n'était rien dû pour la période de paie visée. A cet égard, les parties ont lors du procès, signé la déclaration suivante:

[TRADUCTION] Les noms inscrits comme preneurs des chèques énumérés sur les listes de preneurs frauduleux classées: . . .

c) au dossier N° 681,012 comme P-5 totalisant \$67,470.13

sont les noms d'anciens employés de la demanderesse, mais qui n'étaient pas à son emploi lorsque les chèques ont été faits.

Après une revue très complète de la jurisprudence pertinente, la Cour d'appel à l'instar de la Cour supérieure a appliqué la règle énoncée comme suit par Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, 6^e éd. à la p. 468:

[TRADUCTION] (4) Si Martin Chuzzlewit est le nom d'une personne existante à qui Bede destine le paiement, le preneur n'est ni fictif, ni inexistant, quoique Bede ait été amené à rédiger la lettre de change par des manœuvres frauduleuses d'une autre personne qui a fait croire à Bede qu'il y a une transaction au regard de laquelle Chuzzlewit a droit au montant spécifié dans la lettre de change.

Toute la jurisprudence canadienne récente est en ce sens-là: *Harley v. Bank of Toronto*²⁷ (Cour d'appel de l'Ontario); *Banque de Montréal c. Barbeau*²⁸ (Cour d'appel du Québec); *Zurich Life Insurance Co. of Canada v. Royal Bank of Canada*²⁹ (Cour suprême de la Colombie-Britannique). Cette jurisprudence s'inspire de l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre dans *Vinden v. Hughes*³⁰ et de celui de la Chambre des Lords dans *North & South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*³¹.

²⁷ [1938] 2 D.L.R. 135.

²⁸ [1963] B.R. 753.

²⁹ (1973), 36 D.L.R. (3d) 750.

³⁰ [1905] 1 K.B. 795.

³¹ [1908] A.C. 137.

Nothing said by counsel for the appellant in his elaborate submission would justify giving serious consideration, as against this solid line of recent judgments, to a few ancient Quebec and Ontario cases in which a different conclusion was arrived at on a certain view of the *Vagliano* case³². As Lord Robertson put it in *Macbeth* (at p. 140):

Vagliano's case is so entirely different in its facts as to be inapplicable to that before us.

Counsel for the appellant maintained that in the case at bar, where the person authorized to sign the cheques did mechanically place his signature on a large quantity of cheques without knowing any of the payees personally, it is not possible to apply the same rule as when a cheque is signed relying on an explicit false declaration, as it was in most of the cases which gave rise to the above-mentioned decisions. I cannot see any valid reason for making such a distinction. On the contrary, in an age when cheques are processed by computer, it is even more necessary to avoid facilitating fraudulent operations.

By making banks responsible for cheques cashed on a false endorsement, our *Bills of Exchange Act* certainly has the effect of making it more difficult to cash a cheque fraudulently. It is common knowledge that as a result, public agencies and private enterprises rely heavily on the responsibility of those who pay the cheques they issue, to counteract all kinds of fraud and at the same time to protect those for whom the payments are intended. The argument of counsel for the appellant, based on references to legislation in other countries relieving banks of this responsibility, is unconvincing. It is not for this Court to judge the results of such legislation, no attempt was even made to show that they were favourable. If appellant believes they were, it is to Parliament that it should apply to have the *Bills of Exchange Act* amended. I can see no justification for changing the interpretation of this Act, because a different rule has been established by legislation elsewhere.

³² [1891] A.C. 107.

Rien de ce que l'avocat de l'appelante nous a dit, redit et répété, ne saurait nous justifier de considérer sérieusement, à l'encontre de cette jurisprudence si bien étudiée, quelques anciennes décisions où des juges du Québec et de l'Ontario en étaient venus à une conclusion différente en partant de l'arrêt *Vagliano*³². Comme le dit lord Robertson dans l'affaire *Macbeth* (à la p. 140):

[TRADUCTION] Les faits dans l'affaire *Vagliano* sont si différents qu'elle est sans application en l'espèce.

L'avocat de l'appelante a soutenu que dans une situation comme celle-ci, où la personne autorisée à signer les chèques apposait sa signature mécaniquement à une quantité de chèques sans connaître personnellement aucun des preneurs, il n'y avait pas lieu d'appliquer la même règle que lorsqu'il s'agissait d'un particulier auquel on faisait signer un chèque par une fausse déclaration explicite, comme c'était le cas dans la plupart des affaires qui ont donné naissance à la jurisprudence ci-dessus mentionnée. Je ne puis apercevoir aucun motif valable d'établir une telle distinction. Au contraire, à l'ère des chèques faits par ordinateur, il me semble encore plus désirable de ne pas faciliter l'entreprise des fraudeurs.

En rendant les banques responsables des chèques encaissés sur un endossement faux, notre *Loi sur les lettres de change* tend indubitablement à rendre l'encaissement frauduleux plus difficile. Il est notoire qu'en conséquence les administrations publiques comme les entreprises privées comptent beaucoup sur la responsabilité de ceux qui paient les chèques qu'elles émettent, pour contrecarrer toutes sortes de fraudes en même temps que pour protéger ceux auxquels les paiements sont destinés. Je ne puis accepter l'argument que l'avocat de l'appelante nous a présenté en citant d'autres législations qui affranchissent les banques de cette responsabilité. Il ne nous appartient pas d'en apprécier les résultats, mais on n'a même pas tenté de nous démontrer qu'ils étaient favorables. Si l'appelante le croit, c'est au Parlement qu'elle doit s'adresser pour demander la modification de notre *Loi sur les lettres de change*. Rien ne saurait nous justifier d'en changer l'interprétation parce qu'une règle différente a été législativement décrétée ailleurs.

³² [1891] A.C. 107.

The appeal should be dismissed with costs.

SPENCE J. (*dissenting*)—I have had the opportunity of reading the reasons for judgment which are being delivered by the Chief Justice and by Mr. Justice Pigeon. I feel, however, that I must express my views in reference to this appeal. Perhaps, in order to emphasize the unusual circumstances, I should summarize the facts as they are said in the factums of both the appellant and the respondent to not be in dispute.

Concrete Column Clamps (1961) Limited and two associated companies were owned by interlocking shareholders and operated by interlocking officers. These companies hired a large number of employees, mostly day labourers and carpenters hired by the hour. At any one time, there were approximately 300 employees working on many different job sites throughout the Provinces of Quebec and Ontario. The turnover of the employees was very high. The three companies' payroll was centralized and one Gingras became the paymaster for the three companies. In such capacity, he prepared all the payroll cheques for the three companies personally typing out the cheques, filling in the amounts and the names of the employees. He would then take these payroll cheques to a signing officer for signature.

The signing officer who signed the very largest majority of the cheques was not a shareholder or executive but rather an office employee. In describing his performance of his duties, he said: "That is I just got the cheques and I just signed the cheques as I got them in bunches". And when asked if he knew any of the employees working for the company, he replied, "No, except those around the garage who worked in our premises there—that is all". There would seem to have been no verification of the right of any person whose name appeared as a payee on any of those cheques to be paid the sum of money set out on the cheque. In fact, Gingras proved to be not only dishonest but ingenious. He inserted, amongst the many valid cheques made payable to employees for wages, other cheques bearing other names as payees. Wages were not due to any of those other persons. A subsequent investigation proved that many of them had been, at one time or another, and per-

Le pourvoi doit être rejeté avec dépens.

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement du Juge en chef et du juge Pigeon. Toutefois, j'estime que je dois exprimer ma propre opinion au regard du présent pourvoi. Afin de souligner les circonstances exceptionnelles de la présente affaire, j'estime également qu'il convient de relater brièvement les faits que l'on a qualifiés d'incontestés aux factums de l'appelante et de l'intimée.

Concrete Column Clamps (1961) Limited et deux compagnies affiliées sont la propriété d'actionnaires interdépendants et elles sont gérées par des administrateurs interdépendants. Ces compagnies ont de nombreux employés à leur service, surtout des journaliers et des menuisiers embauchés sur une base horaire. Elles emploient constamment environ 300 hommes qui travaillent à différents chantiers situés au Québec et en Ontario. L'indice du roulement de la main d'œuvre est très élevé. Les feuilles de paie des trois compagnies sont centralisées et un certain Gingras y était préposé. En cette qualité, il préparait tous les chèques de paie pour les trois compagnies, y inscrivant les montants et les noms des employés. Il soumettait ensuite ces chèques de paie au préposé autorisé à les signer.

Le signataire autorisé qui a signé la grande majorité des chèques n'était pas actionnaire, ni administrateur, mais plutôt un simple employé de bureau. Il a décrit ses tâches en ces termes: [TRADUCTION] «Je recevais simplement les chèques par paquets et j'y apposais simplement ma signature». Et lorsqu'on lui a demandé s'il connaissait les employés qui travaillaient pour la compagnie, il a répondu [TRADUCTION] «Non, à l'exception de ceux du garage qui travaillaient à notre local ici—c'est tout». Il semble n'y avoir eu aucune vérification du droit des preneurs au paiement des montants inscrits sur les chèques. En fait, Gingras s'est montré non seulement malhonnête mais aussi ingénieux. Parmi les nombreux chèques de paie valablement faits à l'ordre des employés, il a inséré d'autres chèques dont les preneurs étaient des personnes à qui aucun salaire n'était dû. Une enquête ultérieure a démontré que plusieurs de ces personnes étaient des travailleurs qui, à un moment

haps on several occasions, workmen employed by the company. The other names were obtained by Gingras from some unknown source, whether it be a telephone directory or simply the use of his imagination. He abstracted from the many cheques which he had prepared and which had been signed by the signing officer, all those false cheques and then, by fraudulent endorsements, obtained payment thereof.

Between August of 1963 and January 1965, Gingras had prepared over one thousand of such false cheques before his fraud was discovered. None of the cheques was for an amount larger than \$90. The total amount of such cheques was \$94,206.14. A later investigation showed that of that total cheques amounting to \$26,736.01 were made out in the names of persons whose identity never was traced, and cheques in the amount of \$67,417.13 were made out in the names of former employees but, of course, not persons who were, at the time the cheques were issued, entitled to any payment for wages.

The courts below have held that as to the first group of cheques upon which Gingras had inserted as payees names of persons who, so far as could be determined, were non-existent, those cheques were issued to fictitious persons and that s. 21(5) of *The Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1970, c. B-5, applies. Section 21(5) reads as follows:

Where the payee is a fictitious or non-existing person, the bill may be treated as payable to bearer.

So that the cheques were treated as payable to bearer and the respondent failed in its action to recover their total from the Royal Bank. No appeal was taken as to this decision.

As to the cheques in the second class, however, totalling \$67,417.13, the courts below have held that the situation was covered by s. 49 of *The Bills of Exchange Act* which deals with forged endorsements as distinguished from fictitious persons and which has been cited in full by the Chief Justice in his reasons, and the respondent recovered judg-

onné ou parfois à quelques occasions, avaient déjà été embauchés par la compagnie. Quant aux autres noms, Gingras les a puisés à une source inconnue, peut-être l'annuaire téléphonique ou simplement son imagination. Après s'être emparé de tous les faux chèques que le signataire autorisé avait signés en même temps que les autres, il les a encaissés sur de faux endossements.

Entre août 1963 et janvier 1965, Gingras avait préparé plus de mille de ces faux chèques avant que sa fraude ne soit découverte. Aucun de ces chèques ne dépassait un montant de \$90 mais le total est de \$94,206.14. Une enquête ultérieure a démontré que de ce total, la somme de \$26,736.01 provenait de chèques faits à l'ordre de personnes dont l'identité n'a jamais été établie, et la somme de \$67,417.13 provenait de chèques faits payables au nom d'anciens employés. Naturellement, à l'époque où ces chèques ont été émis, aucune de ces personnes n'était en droit de recevoir un chèque de paie.

Au regard du premier groupe de chèques sur lesquels Gingras avait inscrit comme preneurs les noms de personnes dont l'inexistence a été démontrée, les cours d'instance inférieure ont décidé que ces chèques avaient été émis à des personnes fictives et elles ont conclu à l'application du par. (5) de l'art. 21 de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, c. B-5. Voici le par. (5) de l'art. 21:

Lorsque le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas, la lettre de change peut être considérée comme payable au porteur.

Les chèques ont donc été considérés comme payables au porteur et l'intimée a échoué dans son action visant à recouvrer de la Banque royale le total de ces chèques. Aucun pourvoi n'a été interjeté de cette décision.

Cependant, au regard des chèques du second groupe totalisant \$67,417.13, les cours d'instance inférieure ont conclu à l'application de l'art. 49 de la *Loi sur les lettres de change*, que le Juge en chef a cité au complet dans ses motifs de jugement et qui vise le cas de faux endossements qu'il convient de distinguer du cas où les preneurs sont des

ment against the appellant The Royal Bank of Canada for such amount.

Under these circumstances, the Chief Justice of this Court has come to the conclusion that there was error in the decision below and that the respondent should have been able to recover that sum of \$67,417.13. Mr. Justice Pigeon, on the other hand, would dismiss the appeal.

I have perused the reasons of both my brethren and the many cases set out therein and I have come to the conclusion that this court is not bound by any of those authorities and that the many authorities both in the United Kingdom and in Canada must be considered as dependent upon the particular circumstances in each one of them. It must also be remembered that in the United Kingdom there has existed for a great many years what is now s. 60 of its *Bills of Exchange Act*. This section protects the drawee bank which pays cheques in good faith on forged endorsements. I am of the view that it is unrealistic to speak of fictitious or non-existent persons in the present case as referring to those persons whose identity cannot be in any way traced and to exclude therefrom the persons who were former employees but to whom no debt was owing at the date the cheques were falsely prepared by Gingras.

As to every cheque issued, Gingras' actions were totally fraudulent. Gingras never intended that any of the persons named should receive the amount of the cheque in his name. Gingras intended to and did receive every amount himself. On the other hand, the signing officer only signed each one of those cheques because he was of the erroneous opinion, due to Gingras' actions, that wages were due to the persons named. I cannot find any difference between Gingras' choice of a false name to insert in a cheque by either finding or knowing that a person by that name was once an employee of the company and inserting a false name by merely taking it from a telephone directory. In no case of any of the cheques did Gingras intend that the payee should receive the money. In every case, the signing officer intended that the payee should receive the money having been falsely informed that wages were due to an employee of that name.

personnes fictives. L'intimée a donc recouvré ce montant de l'appelante en l'espèce, la Banque Royale du Canada.

Dans ces circonstances, le Juge en chef de cette Cour conclut que les cours d'instance inférieure ont commis une erreur en ce que l'intimée n'aurait pas dû obtenir gain de cause pour ladite somme de \$67,417.13. D'autre part, le juge Pigeon est d'avis de rejeter le pourvoi.

J'ai lu attentivement les motifs de jugement de mes collègues et les nombreux précédents qui y sont mentionnés, et je conclus que cette Cour n'est liée par aucun de ces précédents et que plusieurs de ceux-ci tant du Royaume-Uni que du Canada, doivent être considérés comme subordonnés aux circonstances particulières qui leur sont propres. Il faut se rappeler également qu'il existait depuis de nombreuses années au Royaume-Uni ce qui est maintenant l'art. 60 de son *Bills of Exchange Act*. Cet article protège la banque tirée qui paie, de bonne foi, des chèques sur de faux endossements. Je suis d'avis qu'il est illogique en l'espèce de considérer comme fictives ou inexistantes les personnes dont l'identité n'a pu être établie, alors que l'on exclut de cette catégorie les anciens employés à qui aucune dette n'était due à la date où les chèques ont été frauduleusement préparés par Gingras.

Il n'y a aucun doute que Gingras a frauduleusement émis chaque chèque. Il n'a jamais eu l'intention de destiner le montant de ces chèques aux personnes à l'ordre de qui ils étaient payables. Gingras se destinait tous les montants et il les a effectivement reçus. D'autre part, le préposé autorisé à signer les chèques y a apposé sa signature uniquement parce que Gingras lui avait affirmé que ces personnes étaient en droit de recevoir un chèque de paie. Que Gingras ait trouvé les faux noms à inscrire sur les chèques en consultant la liste des anciens employés de la compagnie ou en consultant simplement l'annuaire téléphonique, cela ne fait, à mon avis, aucune différence. Pour aucun de ces chèques, Gingras n'a eu l'intention que le preneur en reçoive le montant. Pour tous ces chèques, le signataire autorisé en destinait le montant au preneur car il agissait à partir de fausses informations selon lesquelles du salaire était dû.

Under these circumstances, I am of the opinion that the cases cited in argument where frauds were practised in a large variety of circumstances are simply inapplicable, and this Court being the court of final appeal should adopt the principle of putting the risk of loss from payroll padding upon the drawer of the cheque.

Firstly, it must be realized that the bank is not, in this case, guilty of any negligence whatsoever. Each one of these cheques arrived in the bank for payment issued by the respondent and signed by a duly authorized signing officer of the respondent company. They arrived in a great flood week after week. It is quite impossible for the bank to make any investigation of the bona fide existence of any named payee or of the fact that a debt was owed to that payee. On the other hand, the respondent company chose Gingras to act as its payroll clerk and then permitted Gingras an unchecked opportunity to carry out his nefarious machinations. There was no verification of those cheques by any accounting branch. There was no comparison of the cheques with any payroll list obtained from supervisors in the field. The cheques were simply put down in front of a signing officer who signed them without the slightest knowledge or investigation.

I am of the opinion that it would have been quite easy in proper office management to have designed sufficient methods of checking and verifying to have defeated Gingras' scheme. Again, Gingras was a trusted employee of the company. It is the ordinary course of business, in large corporations, to obtain surety bonds applicable to its trusted employees and the premium on such surety bonds is rightly regarded as an ordinary cost of doing business. Therefore, in these circumstances, surely as a matter of proper administration of justice this Court should come to the conclusion that the loss should be payable by the employer and not by the bank acting in the ordinary course of its business in a manner which could not be criticized.

I would, therefore, allow the appeal with costs.

Dans les circonstances, je suis d'avis que la jurisprudence citée au cours des plaidoiries et traitant de fraudes commises en diverses circonstances est tout simplement inapplicable, et je suis également d'avis que cette Cour, en tant que cour de dernier ressort, se doit d'adopter le principe selon lequel le tireur du chèque doit supporter le risque de perte provenant du gonflage de feuilles de paie.

Premièrement, il faut réaliser qu'en l'espèce la banque n'est coupable d'aucune négligence. Tous les chèques qui ont été présentés pour paiement à la banque avaient été émis par l'intimée et signés par son préposé dûment autorisé. Ces chèques étaient présentés en grand nombre hebdomadairement. Il est impossible pour la banque de vérifier l'existence réelle d'un preneur désigné ou le fait que ce preneur est titulaire d'une créance. D'autre part, la compagnie intimée a choisi Gingras comme commis préposé à la préparation des feuilles de paie et lui a ensuite donné sans contrôle l'occasion d'exécuter ses manœuvres frauduleuses. La division comptable n'effectuait aucune vérification de ces chèques. Ceux-ci n'étaient pas vérifiés auprès des superviseurs qui transmettaient des feuilles de paie. Les chèques étaient tout simplement présentés au signataire autorisé qui les signait sans poser de questions et sans vérification.

Je suis d'avis qu'il aurait été relativement facile, suivant un processus gestionnaire normal, de contrer les manœuvres frauduleuses de Gingras par l'imposition de méthodes adéquates de contrôle et de vérification. D'ailleurs Gingras était un employé de confiance de la compagnie. Il est normal, au sein des grandes compagnies, d'obtenir des cautionnements au regard de ses employés de confiance et les primes relatives à ces cautionnements sont considérées, à juste titre, comme figurant au chapitre des coûts normaux d'exploitation. Par conséquent, dans ces circonstances, la bonne administration de la justice exige que cette Cour en vienne à la conclusion que la perte doit être supportée par l'employeur et non par la banque qui a agi dans le cours ordinaire de ses affaires et à qui aucun reproche ne peut être adressé.

Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Ogilvy, Cope, Porteous, Hansard, Marler, Montgomery & Renault, Montreal.

Solicitors for the respondent: Laing, Weldon, Courtois, Clarkson, Parsons, Gonthier & Tétrault, Montreal.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Ogilvy, Cope, Porteous, Hansard, Marler, Montgomery & Renault, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Laing, Weldon, Courtois, Clarkson, Parsons, Gonthier & Tétrault, Montréal.

Scotia Square Hotel Limited and Halifax Developments Limited *Appellants;*

and

The City of Halifax *Respondent.*

1975: November 24; 1976: April 1.

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

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

Municipal law — Contracts — Interpretation — Agreement by municipality to service redevelopment with sewerage — Sewer development charge subsequently imposed on new buildings — Entitlement of developer to recover amount of charge from municipality.

In 1966 an agreement providing for a redevelopment in downtown Halifax was entered into between the City and C.M.H.C. on the one hand and the appellant Halifax Developments Limited on the other. The City agreed to be responsible for certain municipal works and projects including “the construction of all public sewers in each stage and the enlargement of any public sewers located outside such stage that may be required to properly service such stage”. In 1972 the City imposed a sewer development charge on owners of new buildings or of building additions with a greater floor space than 80 square feet, the purpose of which was to finance a general upgrading of the City’s trunk sewer system. The appellant claimed remission of the development charge because of the City’s obligation in the agreement. While the City had completed sewerage installation and there was no dispute as to the serviceability of the sewers it was contended by the appellant that the obligation was an ongoing one not to be considered discharged until after the redevelopment had been completed.

The trial judge found that the appellant was entitled to remission of the development charge the purpose of which “to pay for the additional sewer capacity required to accommodate the effluent from new buildings or additions to existing buildings”, obligations which the City had undertaken in relation to the redevelopment in the 1966 agreement. The Appeal Division, however, concluded that the City had met its obligation in terms of the agreement before the sewer development tax was created and set aside the judgment at trial.

Scotia Square Hotel Limited et Halifax Developments Limited *Appelantes;*

et

The City of Halifax *Intimée.*

1975: le 24 novembre; 1976: le 1^{er} avril.

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

EN APPEL D’UN ARRÊT DE LA DIVISION D’APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE.

Droit municipal — Contrats — Interprétation — Engagement par une municipalité de faire desservir une zone de réaménagement par un système d’égout — Taxe de construction d’égout imposée ultérieurement sur des immeubles neufs — Droit du promoteur de recouvrer de la municipalité le montant de la taxe.

En 1966, un contrat prévoyant un réaménagement de terrain au centre-ville de Halifax a été conclu entre la ville et la S.C.H.L., d’une part, et l’appelante Halifax Developments Limited, d’autre part. La ville a accepté d’assurer la responsabilité de certains travaux et projets municipaux, y compris «l’installation de tous les égouts publics à chaque phase et l’agrandissement des égouts publics situés en dehors de celle-ci, s’ils s’avèrent nécessaires pour desservir convenablement une de ces phases». En 1972, la ville a imposé aux propriétaires d’immeubles neufs ou d’immeubles agrandis d’une superficie de plancher supérieure à 80 pieds carrés une taxe de construction d’égout dont le but était de financer une amélioration générale du système des égouts collecteurs de la ville. L’appelante a demandé la remise de la taxe de construction d’égout en raison de l’obligation de la ville contenue dans le contrat. Bien que la ville eût complété l’installation du système d’égouts et qu’il n’y eût aucun conflit à propos de son bon fonctionnement, l’appelante a soutenu que l’obligation était continue et qu’on ne pouvait pas considérer que l’on y avait satisfait tant que le réaménagement n’était pas terminé.

Le juge de première instance a statué que l’appelante avait droit à la remise de la taxe de construction d’égout qui avait pour but «de payer le coût de l’augmentation de la capacité des égouts requise pour recevoir les effluents des nouveaux immeubles et des immeubles agrandis», obligation que la ville avait assumée relativement au réaménagement dans le contrat de 1966. La Division d’appel, toutefois, a conclu que la ville avait rempli son obligation aux termes du contrat avant l’imposition de la taxe de construction d’égout et a infirmé le jugement de première instance.

Held (Ritchie and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Spence and Beetz JJ.: There was no evidence to show that the appellant's hotel was not properly serviced by the sewer system provided or that any inadequacy was anticipated in the foreseeable future. The report, which gave rise to the development charge, concerned a long-term replacement programme and there was no evidence to connect its findings with the serviceability of the sewer system provided by the redevelopment project.

Per Ritchie and Dickson JJ., *dissenting*: By the express terms of the agreement the City had assumed responsibility for the construction and enlargement of sewers bearing on the redevelopment in each stage of the project's construction. "Construction" and "enlargement" of sewers as used in the agreement should be construed as including their "development" and "rehabilitation" within the meaning of the ordinance imposing the development charge. The charge was validly imposed in relation to the redevelopment but as its effect was to expose the appellant to an expense for which the City had assumed responsibility it should recover the amount of that charge.

APPEAL from the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division¹, allowing an appeal from a judgment of Cowan C.J.² at trial holding appellant entitled to remission of a sewer development charge by reason of an agreement previously made with respondent. Appeal dismissed, Ritchie and Dickson JJ. dissenting.

Ronald N. Pugsley, Q.C., and *John D. Murphy*, for the appellants.

Ronald J. Downie, Q.C., and *Barry S. Allen*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence and Beetz JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal arises out of proceedings which, in form, raised the question whether the appellants were liable to pay the sewer development charge imposed by the respondent City under its Ordinance 153, which came into force on April 1, 1972. At the trial of this question before Cowan C.J.T.D. counsel for the parties

¹ (1974), 9 N.S.R. (2d) 519.

² (1973), 9 N.S.R. (2d) 524.

Arrêt (les juges Ritchie et Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Beetz: La preuve ne révèle aucunement que le système d'égouts actuel ne desservait pas convenablement l'hôtel ou qu'il existait une insuffisance possible des égouts dans un avenir prévisible. Le rapport, qui avait entraîné la taxe de construction d'égout, visait un programme de remplacement à long terme et il n'existait pas de preuves reliant ces conclusions au fonctionnement du système d'égouts fourni pour le projet de réaménagement.

Les juges Ritchie et Dickson dissidents: Selon les termes exprès du contrat, la ville avait assumé la responsabilité de l'installation et de l'agrandissement des égouts dans chaque phase du projet d'aménagement. Les expressions «installation» et «agrandissement», dans le contrat, comprennent «la construction» et la «réfection» au sens du règlement imposant la taxe de construction. La taxe a été valablement imposée relativement au réaménagement, mais vu qu'elle a eu pour effet de faire supporter par l'appelante des dépenses dont la ville avait assumé la responsabilité, elle doit en recouvrer le montant.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse¹, accueillant un appel d'un jugement du juge en chef Cowan² statuant que l'appelante avait droit à la remise du montant d'une taxe de construction d'égout en raison d'un contrat antérieurement conclu avec l'intimée. Pourvoi rejeté, les juges Ritchie et Dickson étant dissidents.

Ronald N. Pugsley, c.r., et *John D. Murphy*, pour les appelantes.

Ronald J. Downie, c.r., et *Barry S. Allen*, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence et Beetz a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Il s'agit d'un pourvoi découlant de procédures qui ont soulevé formellement la question de savoir si les appelantes étaient tenues de payer la taxe de construction d'égout, imposée par la Ville intimée dans le cadre de son Règlement n° 153, qui est entré en vigueur le 1^{er} avril 1972. Au procès tenu pour trancher cette

¹ (1974), 9 N.S.R. (2d) 519.

² (1973), 9 N.S.R. (2d) 524.

agreed that the substantial question between them was a different one, namely, whether the City was in breach of its obligation under s. 31 of a development agreement of August 31, 1966, made between the City and Central Mortgage and Housing Corporation (referred to in the agreement as the "Partnership") on the one hand and Halifax Developments Limited, one of the appellants herein, on the other.

Under that agreement, which provided for a redevelopment of about 14 acres of land in the downtown core of the City, a redevelopment under the name of Scotia Square which involved the construction, *inter alia*, of apartment buildings, a trade mart building and a hotel, the Partnership (i.e. for present purposes, the City) agreed to certain obligations among which was the following in s. 31 of the agreement:

31. The Partnership covenants and agrees that it will:

(a) be responsible for and undertake or cause to be undertaken the following municipal works and projects applicable to each stage:

- (i) . . .
- (ii) . . .

(iii) the construction of all public sewers in each stage and the enlargement of any public sewers located outside such stage that may be required to properly service such stage. Provided, however, that the Company shall be responsible for and shall pay the normal Betterment Charges as determined from time to time by City Council for the City generally.

It is common ground that the concluding sentence in s. 31 referring to Betterment Charges is not germane to the present case. It is also common ground that the sewer development charge was validly imposed and that the appellants, like other owners of new buildings or of building additions with a greater floor space than 80 square feet, were liable to pay the charge. However, the effect of the agreement of counsel before Cowan C.J.T.D. was to turn the issue of liability for the sewer development charge into an issue of liability of the City for breach of s. 31, and to substitute remission of the amount of the charge (a one-shot affair in the amount of 30 cents per square foot)

question devant le juge en chef Cowan de la Division d'instruction, les avocats des parties ont convenu que la véritable question en litige était autre, à savoir la ville a-t-elle manqué à l'obligation, visée par l'art. 31 d'un contrat d'aménagement daté du 31 août 1966 entre la Ville et la Société centrale d'hypothèques et de logement (appelées «l'Association» dans le contrat), d'une part, et Halifax Developments Limited, l'une des appelantes en l'espèce, d'autre part?

En vertu de ce contrat, qui prévoyait l'aménagement d'environ 14 acres de terrain en plein centre-ville, projet qu'on a appelé Scotia Square et qui comprenait la construction, notamment, d'immeubles résidentiels, d'un immeuble commercial et d'un hôtel, l'Association (c.-à-d., aux fins des présentes, la Ville) avait contracté certaines obligations, dont la suivante énoncée à l'art. 31 du contrat:

[TRADUCTION] 31. L'Association convient et prend l'engagement:

a) d'assumer la responsabilité, d'entreprendre ou de faire entreprendre les travaux et ouvrages municipaux suivants nécessaires à chaque phase:

- (i) . . .
- (ii) . . .

(iii) l'installation de tous les égouts publics à chaque phase et l'agrandissement des égouts publics situés en dehors de celle-ci, s'ils s'avèrent nécessaires pour desservir convenablement une de ces phases. Toutefois, la Compagnie s'engage à payer les taxes ordinaires d'améliorations que le conseil municipal peut décréter de temps à autre pour l'ensemble de la Ville.

Il a été convenu que la dernière phrase de l'art. 31 qui traite des taxes d'améliorations n'est pas pertinente à la présente affaire. Il a aussi été convenu que la taxe de construction d'égout a été imposée à bon droit et que les appelantes étaient tenues de la payer, comme les autres propriétaires d'immeubles neufs ou d'immeubles agrandis d'une superficie de plancher supérieure à 80 pieds carrés. Toutefois, l'entente que les avocats ont conclue devant le juge en chef Cowan a eu pour effet de faire porter le litige non plus sur l'assujettissement à la taxe de construction d'égout, mais sur la responsabilité de la Ville pour manquement à l'art. 31 et de remplacer la demande de remise du montant de la taxe

for the damages to which the appellants would be entitled on proof of breach of s. 31 by the City.

The trial judge found that the appellants, owners of a hotel in Scotia Square, were entitled to remission of the sewer development charge. At the time of the hearing before the trial judge the hotel was still under construction, and it is not denied that the owners were caught by the terms of Ordinance 153. There was an existing sewer system in the redevelopment area and the City purported to discharge its obligation in respect of sewers under s. 31 of the agreement by providing 1330 additional lineal feet of sewers to serve the Scotia Square project. In so doing it conformed to the outlay contemplated by the developers' tender which showed the estimated cost to the City of sewers for the project (there were other costs for street lighting, sidewalks, paving and landscaping) at \$23,940, but with a net cost of only \$4,520 after allowing for recoupment of charges to abutters. The question is, however, whether the City conformed to its obligations under s. 31, and this depends on whether proof was made by the appellants of a breach of obligation by the City.

The City completed the installation of the 1330 lineal feet of sewers by November 1969, before construction of the hotel was begun but not before construction of the trade mart which was the first building of the project to be completed. The record does not disclose any dispute about the serviceability of the sewers at the time they were installed, but it was contended by the appellants that the obligation under s. 31 was an ongoing one, presumably not to be considered discharged until the redevelopment was complete and an assessment of serviceability could be made. The trial judge's reasons in favour of the appellants appeared to turn in large part on the effect of a report made on January 31, 1970, to the Halifax City Council by a firm of consulting engineers. The report, as it itself states, was authorized by the City Council acting with the support of the Nova Scotia Water Resources Commission. Letters passing between

(prélevée en une seule fois au taux de 30 cents le pied carré) par une réclamation en dommages-intérêts auxquels auraient droit les appelantes s'il était démontré que la Ville a manqué à l'art. 31.

Le juge de première instance a statué que les appelantes, propriétaires d'un hôtel dans Scotia Square, avaient droit à la remise de la taxe de construction d'égout. Au moment de l'audience devant ce dernier, l'hôtel était encore en chantier et on ne nie pas que les propriétaires étaient visés par les dispositions du Règlement n° 153. Il existait un système d'égouts dans la zone en aménagement et la Ville entendait remplir son obligation relative aux égouts, aux termes de l'art. 31 du contrat, en fournissant 1330 pieds supplémentaires de canalisations d'égouts pour desservir Scotia Square. De ce fait, elle ne dépassait pas les dépenses prévues dans la soumission des promoteurs, qui fixait le coût estimatif des égouts du projet pour la Ville (d'autres dépenses s'y ajoutaient pour l'éclairage des rues, les trottoirs, le pavage et l'aménagement paysagé) à \$23,940, mais le coût net à \$4,520 seulement, compte tenu de la récupération des débours sur les propriétaires riverains. Toutefois, il s'agit de décider si la Ville a rempli ses obligations conformément à l'art. 31. Ceci dépend de la preuve présentée par les appelantes pour établir le manquement de la Ville à ses obligations.

La Ville a terminé la pose des 1330 pieds de canalisations d'égouts en novembre 1969, avant le début de la construction de l'hôtel, mais non avant la construction de l'immeuble commercial, qui a été le premier immeuble du chantier terminé. Le dossier ne révèle aucun conflit à propos du fonctionnement des égouts lors de leur installation, mais les appelantes ont soutenu que l'obligation stipulée à l'art. 31 était continue et que l'on ne pouvait pas présumer que l'on y avait satisfait tant que l'aménagement n'était pas terminé et que l'on n'avait pas pu vérifier le bon fonctionnement des égouts. Il semble que les motifs du juge de première instance en faveur des appelantes s'appuient surtout sur les conclusions d'un rapport présenté le 31 janvier 1970 au conseil municipal de Halifax par une société d'ingénieurs conseil. Le rapport, comme il l'indique bien, avait été demandé par le conseil municipal, avec l'appui de la Nova Scotia

the City manager and the Commission in July and August, 1968 show that the City and the Commission were concerned primarily with treatment of sewage, with a plan for the disposal of waste by treatment that would abate pollution of the waters into which the sewage was then being discharged. The engineering firm's report, which was produced a year after it was given terms of reference on January 30, 1969, is headed "Report on a Master Plan for Sewage Works and Drainage in the City of Halifax". The report referred to the appropriateness of such a study "especially in the light of the recent extensive annexation of the urban area of the County by which the City's area was increased from seven to more than 24 square miles", and the plan proposed was one "to provide a guide for the efficient and economic development of these works in the years to come".

The recommendations of the report were preceded by the following statement:

The recommendations are founded on the following significant aspects of this study and which have formed the predominant theme of this report:

- (i) Separate sanitary and storm sewers including street or lateral and trunk sewers to serve all future developments and all present developments not yet served with sewers.
- (ii) New storm sewers, together with the replacement as considered necessary, of existing sanitary sewers in all areas of present development within Wards seven to ten. This would provide additional capacity in the existing sanitary sewer system as redevelopment occurs and more particularly as new development proceeds in the upper areas of the tributary drainage pattern. It would also ultimately permit achievement of a complete separate sewer system throughout Wards seven to ten.
- (iii) Replacement and enlargement of ultimately 80 to 90 per cent of the existing combined sewers on the Peninsula as a consequence of redevelopment and physical deterioration of the existing sewers.
- (iv) Pollution control measures and facilities including interceptors, pumping stations, forcemains,

Water Resources Commission. La correspondance entre le gérant municipal et la Commission en juillet et août 1968 révèle que la Ville et la Commission s'intéressaient principalement au traitement des eaux usées et qu'elles avaient un projet d'élimination des déchets par un traitement qui réduirait la pollution des eaux où l'on déversait alors les eaux usées. Le rapport des ingénieurs conseil, présenté le 30 janvier 1969, soit un an après que le mandat leur avait été confié, est intitulé [TRADUCTION] «Rapport sur un plan directeur relatif aux travaux d'égouts et de drainage des eaux dans la Ville de Halifax». Le rapport mentionnait l'opportunité d'une telle étude [TRADUCTION] «surtout à la suite de l'annexion récente d'une partie importante du territoire urbain du comté par laquelle la superficie de la Ville est passée de sept à plus de vingt-quatre milles carrés» et le plan proposé devait [TRADUCTION] «servir de guide pour assurer une exécution efficace et économique de ces travaux dans les années à venir».

Les recommandations du rapport étaient précédées de l'introduction suivante:

[TRADUCTION] Les recommandations sont fondées sur les éléments suivants de cette étude, lesquels ont inspiré le thème majeur de ce rapport:

- (i) Des égouts indépendants pour les eaux-vannes et pour les eaux pluviales, y compris des égouts le long des rues ou latéraux et des égouts collecteurs pour desservir tous les lotissements futurs et tous les lotissements actuels non desservis.
- (ii) De nouveaux égouts pour les eaux pluviales, ainsi que le remplacement, s'il y a lieu, des égouts actuels pour les eaux-vannes dans tous les secteurs du lotissement en cause, dans les quartiers sept à dix. Cela augmenterait la capacité du réseau actuel d'égouts pour les eaux-vannes au fur et à mesure de l'aménagement et surtout quand on établira de nouveaux lotissements dans les secteurs plus élevés du système de drainage tributaire. On pourrait aussi en définitive construire un système séparatif complet dans les quartiers sept à dix.
- (iii) Le remplacement et l'agrandissement en définitive de 80 à 90 pour cent de l'ensemble des égouts existant sur la péninsule en raison de l'aménagement et de la détérioration des égouts actuels.
- (iv) Des mesures pour la prévention de la pollution, ainsi que des installations dont des siphons, des

a combined trunk sewer adjacent to the Northwest Arm, and a treatment plant and outlet. The recommended pollution control works are shown in Figure 1-1.

Counsel for the appellant emphasized item (iii), but it should be noted (and the trial judge did note it) that with respect to the "rehabilitation and improvement of the existing combined sewer system on the Peninsula" (the Scotia Square project was within it), the report said that "it is assumed that this programme will be undertaken over the next 100 years . . .". The pollution control programme recommended in the report was proposed for implementation over the next ten years. City Council adopted the report in principle in April, 1970 and it was after considering its financial implications that Council decided to levy a sewer development charge.

It appears to me that the trial judge regarded the report, and Ordinance 153 which was one result thereof, as having an immediate bearing on the serviceability of the sewers which the City had obligated itself to construct and enlarge in order to service the Scotia Square project. His decision on the issue between the parties is encased in three sentences of his lengthy reasons, and those sentences read as follows:

... I find that the stated purpose for the sewer development charge imposed by Ordinance 153 was to provide the funds necessary to pay for the additional sewer capacity required to accommodate the effluent from new buildings or additions to existing buildings. In my opinion, the provision of such facilities was an obligation of the Partnership under the Agreement of August 31, 1966. By Clause 31, the Partnership agreed to be responsible for, and to undertake or cause to be undertaken, the construction of all public sewers in each stage of the redevelopment covered by the Agreement, and the enlargement of any public sewers located outside such stage that may be required to properly service such stage.

In this passage the trial judge treated the issue as if it was a matter of law that was concluded by finding a relationship between the purpose of Ordinance 153 and the City's obligation under s. 31 of the development agreement. This, however,

postes de pompage, des conduites de refoulement, un égout collecteur combiné adjacent à l'embranchement nord-ouest, et une usine de traitement avec débouchés. Le graphique 1-1 montre les ouvrages recommandés pour la prévention de la pollution.

L'avocat des appelantes a insisté sur l'alinéa (iii), mais il faut remarquer (et le juge de première instance l'a fait) qu'au sujet de [TRADUCTION] «la réfection et de l'amélioration du système d'égouts unitaire actuel de la péninsule» (où est situé Scotia Square), le rapport disait que [TRADUCTION] «l'on suppose que ce programme serait entrepris au cours des cent prochaines années . . .». On proposait la mise en œuvre du programme de prévention de la pollution recommandé dans le rapport au cours des dix prochaines années. Le conseil municipal a adopté les principes du rapport en avril 1970 et, après avoir étudié ses incidences financières, il a décidé d'imposer une taxe de construction d'égout.

Il me semble que le juge de première instance a estimé que le rapport, de même que le Règlement n° 153 adopté en conséquence, avait une portée immédiate sur le fonctionnement des égouts que la Ville s'était engagée à construire et à agrandir afin de desservir Scotia Square. Sa décision sur la question en litige est exprimée dans trois phrases de ses longs motifs. Celles-ci se lisent comme suit:

[TRADUCTION] ... Je conclus que la taxe de construction d'égout imposée par le règlement n° 153 avait pour but déclaré de recueillir les fonds nécessaires pour payer le coût de l'augmentation de la capacité des égouts requise pour recevoir les effluents des nouveaux immeubles et des immeubles agrandis. A mon avis, l'Association avait l'obligation de fournir ces installations en vertu du contrat du 31 août 1966. Dans la clause 31, l'Association a convenu d'entreprendre ou de faire entreprendre l'installation de tous les égouts publics à chaque phase de l'aménagement visée par le contrat et l'agrandissement des égouts publics situés en dehors de celle-ci, s'ils s'avèrent nécessaires pour desservir convenablement une de ces phases.

Dans ce passage, le juge de première instance a traité la question comme s'il s'agissait d'un point de droit qui était tranché en concluant à l'existence d'un lien entre le but visé par le Règlement n° 153 et l'obligation de la Ville en vertu de l'art. 31 du

misconceives the issue that the parties agreed should be tried. The Ordinance was immaterial on the question of liability and only provided a measure of the agreed damages that would result if a breach of the development agreement was established. Moreover, Ordinance 153 was not an ordinance that had any special relationship to the Scotia Square project. It was a by-product of the report of January 31, 1970, and neither the report nor the Ordinance nor the two together can be taken as determining that there was a violation by the City of its obligation to construct and enlarge all public sewers that might be required to properly service each stage of the development.

In his reasons for judgment for the Nova Scotia Court of Appeal, MacKeigan C.J.N.S. said that "no evidence was given by the [appellants] pointing to any inadequacies in the sewers servicing the project or to any other specific failure by the City to comply with s. 31. The [appellants] admitted that they had not had to do any work or pay any costs which should have been done or paid by the City under s. 31". In concluding that the City had met its obligation under s. 31 before the sewer development tax was created, the Nova Scotia Court of Appeal took a different view of the issue from that taken by the trial judge.

I agree with the Court of Appeal. Not only was there no evidence to show that the hotel was not properly serviced by the existing sewer system as supplemented by the 1330 lineal feet of sewer provided by the City, but, in addition, no attempt appears to have been made to show any likely inadequacy of the sewers in the foreseeable future. Of course, they may eventually have to be replaced if they become worn or corroded or for some other reason unserviceable. Nothing in the record points to any existing or imminent inadequacy, and I cannot regard the report, which was addressed to a long-term replacement programme, as having any bearing on the construction and application of s. 31 of the development contract. Certainly, it could not have any bearing unless there was evidence to

contrat d'aménagement. Cependant, il ne répond pas alors véritablement à la question que les parties avaient convenu de faire trancher. Le Règlement n'était pas pertinent à la question de responsabilité et ne pouvait servir qu'à l'évaluation des dommages-intérêts qui, selon ce qui était convenu, seraient payables si l'inexécution du contrat d'aménagement était établie. En outre, le Règlement n° 153 n'avait aucun lien particulier avec Scotia Square. Il découlait du rapport du 31 janvier 1970 et ni ce dernier ni le règlement ni les deux considérés ensemble ne peuvent démontrer que la Ville a manqué à son obligation de construire et d'agrandir tous les égouts publics qui s'avéreraient nécessaires pour desservir convenablement le lotissement à chaque phase.

Le juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse dit dans ses motifs de jugement pour la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse que [TRADUCTION] «les [appelantes] n'ont pas prouvé l'insuffisance des égouts desservant le lotissement ni aucun autre manquement précis de la Ville aux obligations de l'art. 31. Les [appelantes] ont admis qu'elles n'avaient pas eu à exécuter de travaux ni à payer de frais dont la Ville aurait dû être responsable en vertu de l'art. 31». En statuant que la Ville avait rempli son obligation en vertu de l'art. 31 avant l'imposition de la taxe de construction d'égout, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a considéré la question sous un aspect différent de celui considéré par le juge de première instance.

Je partage l'opinion de la Cour d'appel. Non seulement la preuve ne révèle aucunement que le système d'égouts actuel, auquel la Ville avait ajouté 1330 pieds linéaires de canalisations, ne desservait pas convenablement l'hôtel, mais, en outre, il semble que l'on n'a aucunement tenté de démontrer une insuffisance possible des égouts dans un avenir prévisible. Il faudra, bien sûr, les remplacer un jour en raison de l'usure, de la corrosion ou d'autres raisons qui les rendraient inutilisables. Le dossier n'indique aucune insuffisance actuelle ou imminente et je ne pense pas que le rapport, qui visait un programme de remplacement à long terme, ait quelque portée sur l'interprétation et l'application de l'art. 31 du contrat d'aménagement. Il ne peut certainement pas avoir

connect its findings with the serviceability of the sewer system provided for the Scotia Square project. There was no such evidence.

I would dismiss the appeal with costs.

The judgment of Ritchie and Dickson JJ. was delivered by

RITCHIE J. (dissenting)—This is an appeal from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia reversing the judgment rendered at trial by Cowan C.J.T.D., insofar as it directed that the appellant Halifax Developments Limited recover from the City of Halifax the amount of a sewer development charge imposed by the City pursuant to the provisions of its Ordinance No. 153 with respect to hotel premises then being constructed which formed a part of the Scotia Square project in the new “central development area” of the City.

In December 1965, the City of Halifax issued a “CALL FOR DEVELOPMENT PROPOSALS for the development of approximately 13.9 acres of land in the central portion of the City”. The land was stated to be owned jointly by the City of Halifax and C.M.H.C., and the tenders were required to be marked “Development Proposals—Halifax Central Development Area.”

The call for proposals contained detailed provisions with regard to instructions to tenderers and s. 5 of Part II thereof dealt with responsibility for Municipal Works, Open Spaces, and Car Parks and in part provided as follows:

- (a) The City will clear the land subject to the CALL FOR PROPOSALS within the Central Redevelopment Area of all the existing buildings and structures.
- (b) The City will grant any easements required for connecting the sewers and water mains across City land to adjacent streets and permit soil test borings on its land subject to reasonable notice to existing tenants.
- (c) The City will enlarge any sewers outside the areas covered by the DEVELOPMENT PROPOSALS if required to serve the development.

de portée à moins que des preuves ne relient ses conclusions au fonctionnement du système d'égouts fourni au Scotia Square, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

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

Le jugement des juges Ritchie et Dickson a été rendu par

LE JUGE RITCHIE (dissident)—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse infirmant le jugement prononcé en première instance par le juge en chef Cowan de la Division d'instruction, dans la mesure où il ordonnait que la Ville de Halifax rembourse à l'appelante Halifax Developments Limited le montant d'une taxe de construction d'égout imposée par elle conformément aux dispositions de son Règlement n° 153 sur un hôtel alors en construction qui faisait partie du projet Scotia Square dans la nouvelle «zone d'aménagement du centre» de la Ville.

En décembre 1965, la Ville de Halifax a lancé un [TRADUCTION] «APPEL D'OFFRES POUR L'AMÉNAGEMENT d'environ 13,9 acres de terrain dans le centre de la ville». On y précisait que le terrain appartenait conjointement à la ville de Halifax et à la S.C.H.L. et que les offres devaient porter l'indication [TRADUCTION] «Offres d'aménagement—Zone d'aménagement du centre de Halifax».

L'appel d'offres détaillait les instructions aux soumissionnaires et l'art. 5 de la Partie II précisait qui était responsable des ouvrages municipaux, des espaces verts et des parcs de stationnement et prévoyait notamment:

- [TRADUCTION] a) La Ville dégagera le terrain visé par l'APPEL D'OFFRES dans la zone d'aménagement du centre, de tous les bâtiments et installations actuels.
- b) La Ville accordera les servitudes nécessaires pour relier aux rues adjacentes les égouts et les conduites d'eau principales situés sur le terrain de la Ville et elle permettra les sondages de ses terrains sous réserve d'un avis raisonnable donné aux locataires actuels.
- c) La Ville agrandira les égouts situés en dehors des zones visées par les OFFRES POUR L'AMÉNAGEMENT si cela s'avère nécessaire pour desservir le lotissement.

and

(h) Sewers. The City will be responsible for the construction of all the public sewers within the Central Redevelopment Area and will provide the Developers with all the required sewer facilities at the stated charges.

The original call for proposals indicated that preferential consideration would be given to development proposals which included "a comprehensive shopping centre planned on pedestrian mall principle with a large department store as its nucleus and ample parking facilities", but it will be seen that as the project developed it involved the construction of an apartment building and a hotel.

Halifax Developments Limited submitted a tender, the acceptance of which was evidenced by an agreement dated August 31, 1966, between the City of Halifax and Central Mortgage and Housing Corporation referred to in the agreement as a "Partnership" of the one part and Halifax Developments Limited, one of the present appellants referred to in the agreement as the "Company" of the other part. For the purpose of this appeal the most significant part of this agreement is contained in para. 31 thereof which provides, in part, as follows:

31. The Partnership covenants and agrees that it will:

(a) be responsible for and undertake or cause to be undertaken the following municipal works and projects applicable to each stage:

(i) . . .

(ii) . . .

(iii) the construction of all public sewers in each stage and the enlargement of any public sewers located outside such stage that may be required to properly service such stage. Provided, however, that the Company shall be responsible for and shall pay the normal Betterment Charges as determined from time to time by City Council for the City generally.

This paragraph indicates that the Partnership incorporated in its agreement with the Company an express undertaking to assume responsibility for the construction of public sewers within the central development area and to enlarge any sewer outside

et

h) Égouts. La Ville se chargera de la construction de tous les égouts publics dans la zone d'aménagement du centre et elle fournira aux promoteurs toutes les installations d'égouts nécessaires au coût fixé.

L'appel d'offres original précisait que l'on étudierait en premier lieu les offres d'aménagement qui comprendraient [TRADUCTION] «un vaste centre commercial conçu selon le principe du mail où il y aurait un grand magasin comme pôle d'attraction et de vastes aires de stationnement», mais on verra que le projet a évolué jusqu'à comprendre la construction d'un immeuble résidentiel et d'un hôtel.

Halifax Developments Limited a soumis une offre, qui fut acceptée, comme l'atteste un contrat daté du 31 août 1966 entre la Ville de Halifax et la Société centrale d'hypothèques et de logement, appelées «l'Association» dans le contrat, d'une part, et Halifax Developments Limited, l'une des appelantes en l'espèce, appelée la «Compagnie» dans le contrat, d'autre part. Aux fins du présent pourvoi, la partie la plus importante de ce contrat est l'art. 31, qui stipule, notamment:

[TRADUCTION] 31. L'Association convient et prend l'engagement:

a) d'assumer la responsabilité, d'entreprendre ou de faire entreprendre les travaux et ouvrages municipaux suivants nécessaires à chaque phase:

(i) . . .

(ii) . . .

(iii) l'installation de tous les égouts publics à chaque phase et l'agrandissement des égouts publics situés en dehors de celle-ci, s'ils s'avèrent nécessaires pour desservir convenablement une de ces phases. Toutefois, la Compagnie s'engage à payer les taxes ordinaires d'améliorations que le conseil municipal peut décréter de temps à autre pour l'ensemble de la ville.

Cet alinéa indique que l'Association a expressément stipulé dans son contrat avec la Compagnie qu'elle assumait la responsabilité de l'installation d'égouts publics dans la zone d'aménagement du centre et de l'agrandissement des égouts en dehors

the area in the manner specified by the City's original "Call for Development Proposals".

There is no doubt that during the early stages of construction of this very considerable project, the City of Halifax installed and completed a substantial amount of sewer development in accordance with the agreement and in fact by 1969, 1330 lineal feet of sewers had been constructed, but this was before the work had been commenced on the construction of the hotel and before the enactment of that portion of Ordinance No. 153 with which we are here concerned.

Ordinance No. 153 was passed pursuant to s. 376(B)(i) of the Halifax City Charter which was enacted by s. 20 of c. 79 of the Statutes of Nova Scotia 1971, as an amendment to the City Charter. That section provided that:

The Council may by ordinance define the class or classes of buildings to be erected or enlarged according to the varying loads which in the opinion of Council they impose or may impose on the sewer system and levy a charge or charges thereon to pay for additional or trunk sanitary or storm sewer capacity required to accommodate the effluent from such buildings and for the purpose of levying such redevelopment or trunk sewer charges the City may be divided into zones.

By the Statutes of Nova Scotia 1972 c. 71, the last quoted subsection was repealed and the following substituted therefor:

(1) Notwithstanding any other provisions of this Act, the Council may, by ordinance, impose a special charge on any or all buildings or class or classes of buildings to be erected or enlarged after the effective date of the Ordinance, and may impose different charges on the various classes of buildings to pay for all or any part of the cost of providing sanitary or storm capacity which may be required.

Ordinance No. 153, passed by the City Council on February 17, 1972, reads, in part, as follows:

(1) On building additions having a floor space of greater than eighty square feet (80 sq. ft.) and on all new buildings, a sewer development charge, in the amount of

de la zone de la façon prescrite par la Ville dans «l'appel d'offres pour l'aménagement» original.

Il n'y a pas de doute que dès les premières phases de construction sur ce chantier très considérable, la Ville de Halifax a achevé l'installation d'une grande partie des égouts prévus au contrat. De fait, en 1969, 1,330 pieds de canalisations d'égouts avaient été installées, mais c'était avant le début des travaux de construction de l'hôtel et avant l'adoption de la partie du Règlement n° 153 qui nous occupe en l'espèce.

Le Règlement n° 153 a été adopté en vertu de l'al. (i) du par. (B) de l'art. 376 de la charte de la Ville de Halifax, qui constituait une modification à la charte de la ville édictée par l'art. 20 du c. 79 des *Statutes of Nova Scotia* 1971. Cet article prévoyait:

[TRADUCTION] Le conseil peut, par règlement, déterminer la catégorie ou les catégories d'immeubles que l'on peut construire ou agrandir, selon les diverses charges qu'ils imposent ou peuvent imposer, de l'avis du conseil, au réseau d'égout et percevoir une taxe ou des taxes sur ces immeubles pour payer le coût d'augmentation de la capacité des égouts collecteurs pour les eaux-vannes ou les eaux pluviales, nécessaire pour recevoir les effluents de ces immeubles. Aux fins de la perception de pareilles taxes pour ces services d'égout, la ville peut être divisée en zones.

Le chapitre 71 des *Statutes of Nova Scotia* 1972 a abrogé ce paragraphe et l'a remplacé par celui-ci:

[TRADUCTION] (1) Nonobstant toute autre disposition de la présente loi, le conseil peut, par règlement, imposer une taxe spéciale sur un ou sur tous les immeubles ou sur une catégorie ou des catégories d'immeubles qui seront construits ou agrandis après la date d'entrée en vigueur du Règlement et il peut imposer des taxes différentes sur les diverses catégories d'immeubles pour payer le coût total ou une partie du coût des installations nécessaires à l'écoulement des eaux-vannes ou des eaux pluviales.

Le Règlement n° 153, adopté par le conseil municipal le 17 février 1972, se lit, en partie, comme suit:

[TRADUCTION] (1) Une taxe de construction d'égout, au taux de trente cents (30¢) par pied carré de superficie de plancher, est par les présentes imposée sur les

thirty cents (30¢) per square foot of floor space, is hereby levied and imposed.

(4) The sewer development charge shall become due and payable by the owner of the new building or additional to a building on the date of issuance of a building permit by the Building Inspector.

By s. 4 of the Ordinance it is provided that:

The proceeds of the charges authorized by this Ordinance shall be paid into an account to be called the Sewer Rehabilitation and Trunk Sewer Account, and shall be used for sewer rehabilitation and the City's share of the cost of trunk sewer construction.

The sewer charge, in the amount of \$39,232.60, was levied against Scotia Square Hotel Limited, one of the present appellants, under circumstances which the learned trial judge describes as follows:

There is now in course of construction a hotel to be owned by Scotia Square Hotel Limited, the other plaintiff, and Halifax Developments Limited has an interest in that Company. The sewer development charge giving rise to this application was levied in respect of the Hotel building now under construction.

The present proceedings were commenced by application made on behalf of Scotia Hotel Limited and Halifax Developments Limited for "a declaration that the plaintiffs are not liable to pay the sewer development charge imposed under Ordinance No. 153".

During the course of the trial before Chief Justice Cowan, however, it was agreed that the more appropriate question to be determined was whether the appellants, Scotia Square Hotel Limited, being liable to pay the charge imposed under Ordinance No. 153 were entitled to recover the amount of that charge from the City of Halifax in its capacity as a member of the Partnership which had entered into the development agreement of August 31, 1966, the relevant portions of which I have already recited. The learned trial judge and the Appeal Division, and also the Chief Justice of this Court whose reasons for judgment I have had

immeubles agrandis d'une superficie de plancher supérieure à quatre-vingts pieds carrés (80 pi. car.) et sur tous les nouveaux immeubles.

(4) La taxe de construction d'égout devient due et exigible du propriétaire du nouvel immeuble ou de l'immeuble agrandi à la date de l'émission d'un permis de construction par l'inspecteur des bâtiments.

L'article 4 du Règlement prévoit:

[TRADUCTION] Le produit des taxes autorisées par le présent Règlement sera versé dans un compte qui sera appelé «Compte destiné à la réfection des égouts et à l'égout collecteur» et servira à la réfection des égouts et à couvrir la part de la Ville dans le coût de construction de l'égout collecteur.

La taxe d'égout, au montant de \$39,232.60, a été imposée à Scotia Square Hotel Limited, l'une des appelantes en l'espèce, dans des circonstances ainsi décrites par le savant juge de première instance:

[TRADUCTION] Il y a présentement un hôtel en construction qui appartiendra à Scotia Square Hotel Limited, l'autre demanderesse; Halifax Developments Limited a des actions dans cette compagnie. La taxe de construction d'égout qui a donné lieu à la présente requête a été imposée sur l'hôtel présentement en construction.

Les procédures en l'espèce ont débuté par une demande présentée au nom des compagnies Scotia Hotel Limited et Halifax Developments Limited pour que le tribunal [TRADUCTION] «déclare que les demanderesse ne sont pas tenues de payer la taxe de construction d'égout imposée en vertu du Règlement n° 153».

Toutefois, au cours de l'audience devant le juge en chef Cowan, il a été convenu que la véritable question à trancher était de savoir si l'appelante, Scotia Square Hotel Limited, étant tenue de payer la taxe imposée en vertu du Règlement n° 153, avait le droit de recouvrer le montant de cette taxe de la Ville de Halifax en sa qualité de membre de «l'Association» qui avait signé le contrat d'aménagement du 31 août 1966, dont j'ai déjà cité les clauses pertinentes. Le savant juge de première instance, la Division d'appel et le Juge en chef de cette Cour, dont j'ai eu l'avantage de lire les motifs, conviennent tous que la taxe d'aménage-

the benefit of reading, are all in agreement that the development charge was properly imposed under Ordinance No. 153 and I share this view. Chief Justice Cowan, however, was of opinion that by the express terms of s. 31(1)(a)(iii) of the Agreement, the City of Halifax, as a member of the Partnership, has assumed responsibility for the construction and enlargement of all public sewers in each stage of the project's construction and for the enlargement of any public sewer located outside such stage and by the terms of that Agreement the City was required to reimburse Nova Scotia Hotel Limited for the sewer development charge. As Chief Justice Cowan observed:

Clause 31 of the Agreement provides that the Partnership, consisting of the City and Central Mortgage & Housing Corporation, will be responsible for, *inter alia*, 'the construction of all public sewers in each stage and the enlargement of any public sewers located outside such stage that may be required to properly service such stage.' The plain meaning of this clause is that, if new public sewers are required to be constructed or existing public sewers require to be enlarged, and such sewers are located or to be located in or outside the area to be redeveloped under the Agreement, the Partnership will provide such new sewers or enlarged sewers at no cost to Halifax Developments Limited. The MacLaren Report contemplated that, within the Peninsula of Halifax in which the Scotia Square Project is located, the only charge to be imposed, apart from the surcharge on water bills designated for pollution control, was a sewer development charge on new building floor areas. This was, presumably, based on the assumption that the construction of new buildings and additions to existing buildings on the Peninsula would increase the load to be carried by the existing, combined sewerage and draining system now serving the Peninsula.

Like Chief Justice Cowan I take the view that the provisions of s. 31(1)(a) of the Agreement constitute a binding undertaking on the part of the City by which it assumed responsibility for the construction of public sewers as therein specified and for the enlargement of such sewers "located outside" any particular stage of the project. I consider that the "construction" and enlargement of sewers includes the "development" and

ment a été imposée régulièrement en vertu du Règlement n° 153 et je partage leur opinion. Toutefois, le juge en chef Cowan a estimé que, d'après le libellé de l'al. a)(iii) du par. (1) de l'art. 31 du contrat, la Ville de Halifax, en tant que membre de «l'Association», avait assumé la responsabilité de l'installation et de l'agrandissement de tous les égouts publics à chaque phase du projet d'aménagement, et de l'agrandissement des égouts publics situés en dehors de celle-ci. Par conséquent, aux termes de ce contrat, la ville devait rembourser la taxe de construction d'égout à Nova Scotia Hotel Limited. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Cowan:

[TRADUCTION] La clause 31 du contrat prévoit que l'Association, composée de la Ville et de la Société centrale d'hypothèques et de logement, assumera, notamment, «la responsabilité de l'installation de tous les égouts publics à chaque phase et l'agrandissement des égouts publics situés en dehors de celle-ci, s'ils s'avèrent nécessaires pour desservir convenablement une de ces phases». Cette disposition signifie clairement que, si l'on doit construire de nouveaux égouts publics ou agrandir ceux existants et que ces égouts sont ou doivent être situés dans ou en dehors de la zone qui doit être aménagée en vertu du contrat, l'Association fournira ces nouveaux égouts ou agrandira les égouts existants sans frais pour Halifax Developments Limited. Le Rapport MacLaren n'envisageait l'imposition, dans la péninsule de Halifax où est situé le projet Scotia Square, que d'une seule taxe, à part la surtaxe imposée sur les factures d'eau et destinée à la lutte contre la pollution, et c'était une taxe de construction d'égout calculée en fonction de la superficie de plancher des nouveaux immeubles. Ceci se fondait probablement sur la présomption que la construction de nouveaux immeubles et l'agrandissement d'immeubles existants sur la péninsule augmenteraient la charge imposée au réseau unitaire d'évacuation des eaux-vannes et des eaux pluviales la desservant actuellement.

Comme le juge en chef Cowan, je crois que les dispositions de l'al. a) du par. (1) de l'art. 31 du contrat constituent une obligation pour la Ville; comme le contrat l'indique, elle a assumé la responsabilité de la construction des égouts publics et de l'agrandissement des égouts «situés en dehors» de chaque phase de l'aménagement. Je pense que «l'installation» et l'agrandissement des égouts comprennent «la construction» et la «réfection» au sens

“rehabilitation” thereof within the meaning of Ordinance No. 153.

The undertaking of the City to be responsible for the construction and enlargement of the sewers required to service each stage of the Scotia Square project must have been one of the factors inducing the appellant to enter into the Agreement of 31st August, 1966. This undertaking was made by the City in its capacity as a member of the “Partnership” and its decision to enact Ordinance No. 153 was made in discharge of its public duty to the citizens of Halifax and in furtherance of the MacLaren Report which had been prepared for it as an overall survey of the present and future requirements of the City. This Ordinance, enacted nearly seven years after the date of the Agreement had the effect of increasing the financial burden on the appellants in relation to the development and rehabilitation of sewers by reason of the construction of the hotel building and thus involved them in an additional charge of \$39,232.60 which was never contemplated at the time of the Agreement and which the City had created of its own motion. While the charge was levied in what the City considered to be the fulfilment of its duty to the citizens, it nevertheless had the effect of exposing the appellants to an expense in an area for which the Partnership has assumed responsibility under the Agreement, and I agree with Chief Justice Cowan that under s. 31 of that Agreement, Halifax Developments Limited has a right to recover from the City the amount of the sewer development charge which was validly imposed on Scotia Square Hotel Limited under the provisions of the relevant legislation.

For all these reasons I would allow this appeal and restore the judgment rendered at trial by Chief Justice Cowan. I would award the appellants their costs both here and in the Court of Appeal.

Appeal dismissed with costs, RITCHIE and DICKSON JJ. dissenting.

Solicitor for the appellants: R. N. Pugsley, Halifax.

Solicitor for the respondent: R. J. Downie, Halifax.

du Règlement n° 153.

L’engagement de la Ville à prendre en charge l’installation et l’agrandissement des égouts nécessaires pour desservir chaque phase du projet Scotia Square doit avoir été un des facteurs qui ont poussé l’appelante à signer le contrat du 31 août 1966. La Ville a pris cet engagement en qualité de membre de «l’Association» et sa décision d’édicter le Règlement n° 153 était motivée par ses obligations envers les citoyens de Halifax et visait à mettre en œuvre le Rapport MacLaren, préparé pour elle à la suite d’une étude d’ensemble des besoins actuels et à venir de la Ville. Ce règlement, promulgué presque sept ans après la date du contrat, a eu pour effet d’accroître la charge financière des appelantes eu égard à la construction et à la réfection des égouts qu’entraînait la construction de l’hôtel et de leur imposer une taxe supplémentaire de \$39,232.60 qui n’avait pas été du tout prévue au moment de la conclusion du contrat et que la Ville avait instaurée de son propre chef. Bien que la Ville prétende avoir levé la taxe pour s’acquitter de ses obligations envers les citoyens, les appelantes ont tout de même encouru du fait de cette taxe des dépenses dans un domaine pour lequel l’Association avait assumé la responsabilité en vertu du contrat. Comme le juge en chef Cowan, j’estime qu’en vertu de l’art. 31 de ce contrat, Halifax Developments Limited a droit de recouvrer de la ville le montant de la taxe de construction d’égouts dûment imposée à Scotia Square Hotel Limited en vertu des dispositions de la législation pertinente.

Pour tous ces motifs, j’accueillerais le présent pourvoi et je rétablirais le jugement de première instance rendu par le juge en chef Cowan. J’adjugerais aux appelantes leurs dépens en cette Cour et en Cour d’appel.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges RITCHIE et DICKSON étaient dissidents.

Procureur des appelantes: R. N. Pugsley, Halifax.

Procureur de l’intimée: R. J. Downie, Halifax.

George Joseph Péloquin *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1976: December 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Inmate of penitentiary striking instructor and thereby causing his death — Charge of murder punishable by death — Defence of insanity — Appeal against conviction dismissed by Court of Appeal — Issue as to adequacy of trial judge's charge to jury — Conviction quashed and new trial ordered by Supreme Court.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba dismissing appellant's appeal against his conviction on a charge of murder punishable by death. Appeal allowed.

D. Margolis, for the appellant.

J. D. Montgomery, Q.C., for the respondent.

THE CHIEF JUSTICE (orally for the Court)—Having heard the submissions on behalf of the appellant and in view of the concessions made by counsel for the Crown, we are all of the opinion that the appeal should be allowed, the conviction quashed and a new trial directed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Margolis, Gould & Assoc., Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Manitoba.

George Joseph Péloquin *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1976: le 2 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Détenu d'un pénitencier frappant un instructeur, causant ainsi sa mort — Accusation de meurtre punissable de la peine de mort — Défense d'aliénation mentale — Appel contre la déclaration de culpabilité rejeté par la Cour d'appel — Question de la suffisance de l'exposé du juge du procès au jury — Déclaration de culpabilité annulée et nouveau procès ordonné par la Cour suprême.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba qui a rejeté un appel de l'appellant contre sa déclaration de culpabilité sur une accusation de meurtre punissable de la peine de mort. Pourvoi accueilli.

D. Margolis, pour l'appellant.

J. D. Montgomery, c.r., pour l'intimée.

LE JUGE EN CHEF (oralement au nom de la Cour)—Après avoir entendu l'argumentation présentée au nom de l'appellant et compte tenu des concessions faites par l'avocat du ministère public, nous sommes tous d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Margolis, Gould & Assoc., Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba.

The Canadian Indemnity Company, et al.
(*Plaintiffs*) *Appellants*;

and

Attorney-General of British Columbia
(*Defendant*) *Respondent*.

1976: June 8, 9; 1976: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Provincial legislation establishing universal compulsory automobile insurance plan — Validity of legislation — Automobile Insurance Act, 1973 (B.C.), c. 6 — Insurance Corporation of British Columbia Act, 1973 (B.C.), c. 44.

The appellants, numbering 37 in all, were insurance companies carrying on the business, in Canada, *inter alia*, of automobile insurance. Seventeen of the appellants were Canadian corporations. In a suit against the Attorney-General of British Columbia, the appellants sought to obtain a judgment declaring that the *Automobile Insurance Act, 1973 (B.C.), c. 6*, and the *Insurance Corporation of British Columbia Act, 1973 (B.C.), c. 44*, are both *ultra vires* of the Legislature of British Columbia to enact and are, therefore, invalid and of no force or effect. The statutes in question introduced in British Columbia a universal compulsory automobile insurance plan, known as "Autoplan", to be administered by the Insurance Corporation of British Columbia, which was created by the second of the above-mentioned statutes, and which is an agent of the Crown. The attack made by the appellants upon the constitutional validity of the two statutes was based upon two main submissions: 1. That the legislation related to a matter exclusively within the jurisdiction of the federal Parliament by virtue of s. 91(2) of *The British North America Act, i.e.*, "the regulation of trade and commerce". 2. That the effect of the legislation was in relation to and directed at the status capacities of federally-incorporated companies, and was, therefore, *ultra vires* of the Legislature of British Columbia.

The trial judge rejected these contentions and held that the two statutes were valid enactments and *intra vires* of the Province. An appeal from the judgment of the trial judge to the Court of Appeal for British Columbia was dismissed by a majority. With leave granted by the Court of Appeal, the appellants then appealed to this Court.

The Canadian Indemnity Company et autres
(*Demandereses*) *Appelantes*;

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique (*Défendeur*) *Intimé*.

1976: le 8 et 9 juin; 1976: le 5 octobre.

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

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

Droit constitutionnel — Législation provinciale instaurant un régime d'assurance-automobile obligatoire et universel — Validité de la législation — Automobile Insurance Act, 1973 (B.C.), c. 6 — Insurance Corporation of British Columbia Act, 1973 (B.C.), c. 44.

Les appelantes, au nombre de 37, sont des compagnies d'assurance qui font affaire au Canada, notamment dans le commerce de l'assurance-automobile. Dix-sept d'entre elles sont des corporations canadiennes. Les appelantes poursuivent le procureur général de la Colombie-Britannique pour obtenir un jugement déclarant que l'*Automobile Insurance Act, 1973 (B.C.), c. 6*, et l'*Insurance Corporation of British Columbia Act, 1973 (B.C.), c. 44*, excèdent la compétence législative de la Législature de la Colombie-Britannique et sont, par conséquent, invalides et dépourvus d'effet. Les lois en cause ont instauré en Colombie-Britannique, sous le nom d'«Autoplan», un régime d'assurance-automobile obligatoire et universel, administré par la Corporation d'assurance de la Colombie-Britannique, qui a été créée par la deuxième des lois citées ci-dessus et qui est un mandataire de la Couronne. Les appelantes ont contesté la constitutionnalité des deux lois sous deux chefs principaux: 1. Que la législation en question portait sur un sujet relevant de la compétence exclusive du Parlement fédéral en vertu du par. 91(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*; c.-à-d. «la réglementation des échanges et du commerce». 2. Que cette législation affectait le statut et les pouvoirs de compagnies à charte fédérale et excédait donc la compétence de la Législature de la Colombie-Britannique.

Le juge de première instance a rejeté ces prétentions et a statué que les deux lois constituent des dispositions valides qui relèvent de la compétence de la province. L'appel interjeté de la décision du juge de première instance devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté par la majorité. Avec l'autorisation de la Cour d'appel, les appelantes ont interjeté un pourvoi devant cette Cour.

Held: The appeal should be dismissed.

The constitutional validity of the legislation depends upon its aim and purpose. The purpose of the legislation is to provide for the compulsory insurance of motor-vehicles registered in British Columbia and of automobile drivers licensed in British Columbia through a corporation incorporated in British Columbia, which is a government controlled monopoly. The impact of the legislation upon the appellants' automobile insurance business in British Columbia could not be more drastic. However, that effect of the legislation upon companies whose operations are interprovincial in scope does not mean that the legislation is in relation to interprovincial trade and commerce. The aim of the legislation relates to a matter of provincial concern within the Province and to property and civil rights within the Province.

The appellants' second submission also failed. Parliament can create and maintain the legal existence of a corporate entity, with which a Province cannot interfere. But a provincial Legislature within its own field of legislative power can regulate, in the Province, a particular business or activity. The fact that a federally-incorporated company has, by federal legislation, derived existence as a legal person, with designated powers, does not mean that it is thereby exempted from the operation of such provincial regulation. It is subject to such regulation in the same way as a natural person or a provincially-incorporated company.

Citizens Insurance Co. v. Parsons (1881), 7 App. Cas. 96; *Attorney General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *Attorney General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *In re The Insurance Act of Canada*, [1932] A.C. 41; *Reference as to the Validity of Section 16 of the Special War Revenue Act*, [1942] S.C.R. 429; *Carnation Co. Ltd. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Lukey v. Ruthenian Farmers' Elevator Co.*, [1924] S.C.R. 56; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Morgan v. Attorney-General for Prince Edward Island*, [1976] 2 S.C.R. 349; *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318; *R. v. Arcadia Coal Co.*, [1932] 1 W.W.R. 771, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, dismissing an

¹ [1976] 2 W.W.R. 499, 63 D.L.R. (3d) 468.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

La validité constitutionnelle de la législation dépend de son but et de son objet. L'objet de la législation est de rendre obligatoire l'assurance des véhicules automobiles enregistrés en Colombie-Britannique et des conducteurs ayant un permis de la Colombie-Britannique auprès d'une corporation constituée en Colombie-Britannique qui est un monopole contrôlé par le gouvernement. L'incidence de la législation sur le commerce d'assurance-automobile des appelantes ne pouvait pas être plus radicale. Toutefois, cet effet de la législation sur des compagnies dont les opérations ont une portée interprovinciale n'implique pas que la législation soit relative aux échanges et au commerce interprovinciaux. Le but de la législation concerne un sujet d'intérêt provincial à l'intérieur de la province ainsi que la propriété et les droits civils dans la province.

La seconde prétention des appelantes n'est pas fondée non plus. Le Parlement peut créer et maintenir l'existence juridique d'une personne morale et la province ne peut y porter atteinte. Mais une législature peut, dans les limites de ses compétences législatives, réglementer dans la province, une entreprise ou activité donnée. Le fait qu'une compagnie à charte fédérale tire sa personnalité juridique et des pouvoirs spécifiques de la législation fédérale ne la soustrait pas pour autant à l'effet de cette réglementation provinciale. Elle y est soumise de la même façon qu'une personne physique ou qu'une compagnie à charte provinciale.

Arrêts mentionnés: *La Compagnie d'assurance des citoyens c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Le Procureur général du Canada c. Le Procureur général de l'Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *Le Procureur général de l'Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *In re la Loi des assurances du Canada*, [1932] A.C. 41; *Renvoi relatif à la validité de l'art. 16 de la Loi spéciale des revenus de guerre*, [1942] R.C.S. 429; *Carnation Co. Ltd. c. L'Office des marchés agricoles du Québec*, [1968] R.C.S. 238; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. c. Le Roi*, [1921] 2 A.C. 91; *Lukey v. Ruthenian Farmers' Elevator Co.*, [1924] R.C.S. 56; *Le Procureur général du Manitoba c. Le Procureur général du Canada*, [1929] A.C. 260; *Morgan c. Le Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1976] 2 R.C.S. 349; *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318; *R. v. Arcadia Coal Co.*, [1932] 1 W.W.R. 771.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹ rejetant un appel

¹ [1976] 2 W.W.R. 499, 63 D.L.R. (3d) 468.

appeal from a judgment of Aikins J. Appeal dismissed.

R. F. Wilson Q.C., D. McK. Brown, Q.C., and G. S. Cumming, Q.C., for the plaintiffs, appellants.

G. W. Ainslie, Q.C., for the intervenant, the Attorney General of Canada.

J. D. McAlpine, Q.C., P. D. Leask and R. D. Diebolt, for the defendant, respondent.

J. Lefrançois, for the intervenant, the Attorney-General of Quebec.

W. Henkel, Q.C., for the intervenant, the Attorney General of Alberta.

K. Lysyk, Q.C., and G. V. Peacock, for the intervenant, the Attorney General of Saskatchewan.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The appellants, who are the plaintiffs in these proceedings, are 37 insurance companies, all of which carry on the business, in Canada, *inter alia*, of automobile insurance. Seventeen of the appellants are Canadian corporations. The respondent is the Attorney-General of British Columbia. The appellants, in their suit against him, sought to obtain a judgment declaring that the *Automobile Insurance Act, 1973 (B.C.)*, c. 6, and the *Insurance Corporation of British Columbia Act, 1973 (B.C.)*, c. 44, are both *ultra vires* of the Legislature of British Columbia to enact and are, therefore, invalid and of no force or effect.

The learned trial judge, Aikins J., made a careful study of the relevant portions of these statutes, the evidence submitted to him and the authorities cited in argument. His reasons are reported in [1975] 1 W.W.R. 481 and they make it unnecessary to review the statutory provisions and the evidence in detail. The two statutes under attack introduced in British Columbia a universal compulsory automobile insurance plan, known as "Autoplan", to be administered by the Insurance Corporation of British Columbia, hereinafter referred to as "the Corporation", which was created by the second of the above-mentioned statutes,

d'un jugement du juge Aikins. Pourvoi rejeté.

R. F. Wilson, c.r., D. McK. Brown, c.r., et G. S. Cumming, c.r., pour les demandereses, appelantes.

G. W. Ainslie, c.r., pour l'intervenant, le procureur général du Canada.

J. D. McAlpine, c.r., P. D. Leask et R. D. Diebolt, pour le défendeur, intimé.

J. Lefrançois, pour l'intervenant, le procureur général du Québec.

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

K. Lysyk, c.r., et G. V. Peacock, pour l'intervenant, le procureur général de la Saskatchewan.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Les appelantes, qui sont demandereses dans la présente action, sont 37 compagnies d'assurance qui font toutes affaire au Canada, notamment, dans le commerce de l'assurance-automobile. Dix-sept d'entre elles sont des corporations canadiennes. L'intimé est le procureur général de la Colombie-Britannique. Les appelantes le poursuivent pour obtenir un jugement déclarant que l'*Automobile Insurance Act, 1973 (B.C.)*, c. 6, et l'*Insurance Corporation of British Columbia Act, 1973 (B.C.)*, c. 44, excèdent la compétence législative de la Législature de la Colombie-Britannique et sont, par conséquent, invalides et dépourvus d'effet.

Le savant juge de première instance, le juge Aikins, a soigneusement étudié les dispositions pertinentes de ces lois, la preuve soumise et la jurisprudence citée dans les plaidoiries. Ses motifs ont été publiés à [1975] 1 W.W.R. 481 et il n'est donc pas nécessaire de reprendre les dispositions législatives et la preuve en détail. Les deux lois contestées ont instauré en Colombie-Britannique, sous le nom d'«Autoplan», un régime d'assurance-automobile obligatoire et universel, administré par la Corporation d'assurance de la Colombie-Britannique, appelée ci-dessous «la Corporation», laquelle a été créée par la deuxième des lois citées ci-dessus et

and which is an agent of the Crown. The learned trial judge describes the plan in the following passages from his judgment:

The two statutes under attack do not themselves reveal the whole plan because there are related statutes which were amended in order to implement the overall plan. The related statutes are the Motor-vehicle Act (R.S.B.C. 1960, c. 253), the Motor Carrier Act (R.S.B.C. 1960, c. 252) and the Insurance Act (R.S.B.C. 1960, c. 197). I will describe generally the legislative scheme enacted by the impugned statutes and by amendments to related acts. Motor-vehicle insurance is compulsory. Every driver licensed to drive in British Columbia must have driver's insurance evidenced by a driver's certificate. Driver's insurance is valid from and expires on the same date as does the driver's licence: it is coterminous with the driver's licence. A driver cannot get a driver's licence without driver's insurance; put shortly, no driver's insurance, no driver's licence. Every owner of a motor-vehicle registered and licensed in British Columbia must have insurance on his vehicle and that insurance must be evidenced by an owner's certificate. Owner's insurance runs for the licence year of the motor-vehicle and, therefore, is coterminous with the vehicle licence. Again, put shortly, no owner's insurance, no motor-vehicle licence.

The legislative plan provides that the driver's certificate and owner's certificate must be issued by the Corporation. I should note that the Corporation does not issue actual policies of insurance. The Corporation simply issues driver's and owner's certificates. The contract of insurance, and the terms and conditions thereof, are not found in an issued policy of insurance but are to be found in the regulations made pursuant to the Automobile Insurance Act. These regulations provide, inter alia, that owners and drivers must insure to minimum prescribed limits and that extension insurance is available for those who wish to protect themselves to higher limits than the limits of the compulsory minimum coverage.

This complicated network of statutory and regulatory provisions comes down to this. An owner of a motor-vehicle or trailer licensed and registered in British Columbia must have motor-vehicle insurance and an owner's certificate evidencing such insurance. The only source of the required motor-vehicle insurance and the required owner's certificate is the Corporation.

est un mandataire de la Couronne. Le savant juge de première instance décrit le régime dans les passages suivants de son jugement:

[TRADUCTION] Les deux lois contestées ne révèlent pas la totalité du régime car d'autres lois connexes ont dû être modifiées pour mettre en œuvre l'ensemble du régime. Ces lois connexes sont la Motor-vehicle Act (R.S.B.C. 1960, c. 253), la Motor Carrier Act (R.S.B.C. 1960, c. 252) et l'Insurance Act (R.S.B.C. 1960, c. 197). Je vais faire une description générale du système mis sur pied par les lois attaquées et les modifications aux lois connexes. L'assurance-automobile est obligatoire. Tout conducteur détenteur d'un permis de conduire de la Colombie-Britannique doit posséder une assurance de conducteur attestée par un certificat de conducteur. La durée de validité de l'assurance de conducteur coïncide avec celle du permis de conduire: elle entre en vigueur et expire à la même date. Un conducteur ne peut obtenir un permis de conduire sans assurance de conducteur; en somme, pas d'assurance de conducteur, pas de permis de conduire. Tout propriétaire d'un véhicule automobile enregistré et immatriculé en Colombie-Britannique doit assurer son véhicule et cette assurance doit être attestée par un certificat de propriétaire. L'assurance de propriétaire vaut pour l'année d'immatriculation du véhicule automobile et sa durée est donc liée à celle de l'immatriculation du véhicule. En somme, encore une fois, pas d'assurance de propriétaire, pas d'immatriculation.

Le régime légal prévoit que les certificats de conducteur et de propriétaire doivent être délivrés par la Corporation. Je dois souligner que la Corporation ne délivre pas de véritables polices d'assurance. Elle délivre simplement des certificats de conducteur et de propriétaire. Le contrat d'assurance et ses clauses ne se trouvent pas dans une police d'assurance mais dans les règlements passés en vertu de l'Automobile Insurance Act. Ces règlements prévoient notamment que les propriétaires et les conducteurs doivent s'assurer pour le minimum prescrit et qu'il existe des assurances complémentaires pour ceux qui désirent se protéger au-delà de la couverture minimum obligatoire.

Ce réseau compliqué de dispositions législatives et réglementaires revient finalement à ceci: tout propriétaire d'une automobile ou d'une remorque immatriculée et enregistrée en Colombie-Britannique doit avoir une assurance-automobile et un certificat de propriétaire faisant preuve de celle-ci; la seule source de l'assurance-automobile et du certificat de propriétaire exigés est la Corporation.

He concluded that the matter of the legislation is the establishment of a universal compulsory scheme of motor-vehicle insurance in the Province of British Columbia with a monopoly in that class of insurance for the Corporation.

The *Automobile Insurance Act* provides for its provisions coming into effect on dates fixed by proclamation and for different dates being fixed for the coming into force of the several provisions. Some of the provisions of the Act had not come into effect at the date of the trial and were not in effect when the appeal to this Court was heard. Of these, the most important, in relation to this appeal, are ss. 8, 77, 78, 79 and 80.

Section 8 provides:

8. Notwithstanding any other Act or regulation, where the corporation is authorized under section 2 to engage in and carry on the activity of automobile insurance,

(a) every person who applies in the Province for a policy of automobile or trailer insurance or a motor-vehicle liability policy in respect of a motor-vehicle or trailer registered or licensed in the Province shall apply to the corporation and, upon compliance with this Act and the regulations and paying the appropriate premium, he shall be provided with a motor-vehicle liability policy sufficient for the purposes of the *Motor-vehicle Act*, and such extension insurance as he applies for and pays for on the terms and conditions set out in the plan; and

(b) every contract of automobile insurance in the Province and every motor-vehicle liability policy made or issued in the Province, after the coming into force of this section, in respect of a motor-vehicle or trailer registered or licensed in the Province by an insurer other than the corporation is void and of no effect.

The other four sections provide for amendments to the *Insurance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 197, and their effect is indicated by the following extracts from those sections:

77. . . .

(2) . . . a contract of automobile insurance made by any insurer in respect of an automobile or trailer licensed in the Province, on or after the date to be fixed by Order of the Lieutenant-Governor in Council, is void and of no effect; and the insurer shall forthwith upon

Il conclut que l'objet de la législation est l'établissement d'un régime obligatoire et universel d'assurance-automobile dans la province de la Colombie-Britannique, la Corporation ayant le monopole de cette catégorie d'assurance.

L'*Automobile Insurance Act* prévoit que ses dispositions entreront en vigueur aux dates fixées par proclamation et que des dates différentes pourront être fixées pour l'entrée en vigueur des différentes dispositions. Certaines de celles-ci n'étaient pas encore en vigueur au moment du procès et ne l'étaient toujours pas lorsque cette Cour a entendu l'appel. Les plus importantes, en ce qui concerne cet appel, sont les art. 8, 77, 78, 79 et 80.

L'article 8 dispose que:

[TRADUCTION] 8. Nonobstant toute autre loi ou règlement, à partir du moment où la corporation est autorisée en vertu de l'article 2 à exercer ses activités d'assureur automobile,

(a) toute personne qui, dans la province, veut assurer une automobile ou une remorque ou veut assurer sa responsabilité pour une automobile ou une remorque enregistrée ou immatriculée dans la province, doit s'adresser à la corporation qui, aux conditions prévues par la loi et les règlements et sur paiement de la prime appropriée, doit lui délivrer une police de responsabilité pour les automobiles suffisante aux fins de la *Motor-vehicle Act* et toute assurance complémentaire qu'elle a demandée et payée aux conditions prévues par le régime; et

(b) tout contrat d'assurance-automobile dans la province ainsi que toute police de responsabilité établis ou émis dans la province, après la mise en vigueur du présent article et concernant une automobile ou une remorque enregistrée ou immatriculée dans la province par un assureur autre que la corporation sont nuls et sans effet.

Les quatre autres articles prévoient des modifications à l'*Insurance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 197 et leur effet est indiqué par les extraits suivants de ces articles:

[TRADUCTION] 77. . . .

(2) . . . un contrat d'assurance automobile consenti par un assureur relativement à une automobile ou une remorque, immatriculée dans la province, à la date ou après la date fixée par arrêté du lieutenant-gouverneur en conseil, est nul et sans effet; et l'assureur doit, sur

demand refund to the insured any unearned premium paid in respect of the contract.

78. . . .

(2) . . . on or after a date to be fixed by Order of the Lieutenant-Governor in Council, no insurer shall be licensed to carry on, in the Province, any class of automobile insurance.

79. . . .

(2) . . . every licence authorizing an insurer to carry on in the Province any class of automobile insurance is revoked and cancelled, in respect of that class of insurance, on a date to be fixed by Order of the Lieutenant-Governor in Council.

80. . . .

(3) On or after a date to be fixed by Order of the Lieutenant-Governor in Council, no insurer, other than the Insurance Corporation of British Columbia, shall make a contract in respect of an automobile or trailer licensed in the Province.

(4) A contract made by an insurer in contravention of subsection (3) is void and of no effect.

The appellants had all been licensed under the *Insurance Act* to carry on the business of automobile insurance in British Columbia. Their last licences were for the period from March 1, 1973, to February 28, 1974. Renewals of these licences were refused.

The attack made by the appellants upon the constitutional validity of the two statutes was based upon two main submissions:

1. That the legislation related to a matter exclusively within the jurisdiction of the federal Parliament by virtue of s. 91(2) of *The British North America Act*; i.e., "the regulation of trade and commerce".

2. That the effect of the legislation was in relation to and directed at the status and capacities of federally-incorporated companies, and was therefore, *ultra vires* of the Legislature of British Columbia.

These contentions were rejected by the learned trial judge. All of the three judges sitting on the appeal to the Court of Appeal rejected the first submission, although Carrothers J.A. expressed doubts as to the validity of the unproclaimed sec-

demande, rembourser immédiatement à l'assuré toute prime indûment versée en vertu du contrat.

78. . . .

(2) . . . à la date ou après la date qui doit être fixée par arrêté du lieutenant-gouverneur en conseil, aucun assureur ne doit être autorisé à assurer, dans la province, une catégorie quelconque d'automobile.

79. . . .

(2) . . . tout permis autorisant un assureur à assurer dans la province une catégorie quelconque d'automobile est révoqué et annulé en ce qui concerne cette catégorie d'assurance, à la date qui doit être fixée par arrêté du lieutenant-gouverneur en conseil.

80. . . .

(3) A la date ou après la date qui doit être fixée par arrêté du lieutenant-gouverneur en conseil, aucun assureur, à l'exception de la Corporation d'assurance de la Colombie-Britannique, ne doit consentir un contrat relatif à une automobile ou à une remorque immatriculée dans la province.

(4) Tout contrat passé par un assureur en contravention au paragraphe (3) est nul et sans effet.

Les appelantes avaient toutes obtenu, conformément à l'*Insurance Act*, des permis les autorisant à faire le commerce de l'assurance-automobile en Colombie-Britannique. Leurs derniers permis étaient valables du 1^{er} mars 1973 au 28 février 1974. Le renouvellement leur en a été refusé.

Les appelantes ont contesté la constitutionnalité des deux lois sous deux chefs principaux:

1. Que la législation en question portait sur un sujet relevant de la compétence exclusive du Parlement fédéral en vertu de l'art. 91(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*; c.-à-d. «la réglementation des échanges et du commerce».

2. Que cette législation affectait le statut et les pouvoirs de compagnies à charte fédérale et excédait donc la compétence de la Législature de la Colombie-Britannique.

Ces prétentions ont été rejetées par le savant juge de première instance. Les trois juges de la Cour d'appel ont rejeté le premier moyen, encore que le juge Carrothers ait exprimé des doutes sur la validité des articles non proclamés. La majorité

tions. The majority of the Court agreed with the trial judge in respect of the second submission, but Robertson J.A. dissented on this point and would, for that reason, have held the legislation to be invalid. The reasons of the judges of the Court of Appeal are reported in [1976] 2 W.W.R. 499.

On the appeal to this Court submissions were made on behalf of four intervenants. The Attorney General of Canada contended that, in part, the legislation was *ultra vires* of the Legislature of British Columbia. The Attorneys-General of Quebec, Saskatchewan and Alberta supported the position of the Attorney-General of British Columbia.

Counsel for the appellants in this Court relied essentially upon the same arguments as those presented to the Court of Appeal. A third submission to the effect that the impugned legislation involved a denial of rights of citizenship, in that the appellants were precluded from engaging in the business of automobile insurance in British Columbia and the citizens of that province were precluded from doing business with insurers other than the Corporation, apparently was not pursued before the Court of Appeal. It was not pressed before this Court other than in aid of the two main submissions. In my opinion it is lacking in substance and does not merit further consideration.

REGULATION OF TRADE AND COMMERCE

The argument of the appellants on this point is fully reviewed in the judgment at trial. It can be summarized briefly as follows. On the evidence submitted by the appellants the business of automobile insurance is, today, interprovincial and, indeed, international in scope. As an example, Canadian Indemnity Company has its head office in Winnipeg and its executive office in Toronto. It has branch offices in the various provinces. Premiums paid pass through the branch offices to the head office. There is a steady flow of money passing from the branch offices to the head office and the executive office, and a lesser flow from thence to the provincial branches. The company is able to carry on business by the creation of a reservoir or pool of capital which enables the

de la Cour a approuvé le juge de première instance quant au second moyen, mais le juge Robertson a rendu sur ce point un avis dissident et aurait, pour ce motif, déclaré la législation invalide. Les motifs des juges de la Cour d'appel sont publiés au recueil [1976] 2 W.W.R. 499.

Lors de l'appel à notre Cour, quatre intervenants ont exprimé leur position. Le procureur général du Canada a prétendu que la législation excédait, en partie, la compétence de la Législature de la Colombie-Britannique. Les procureurs généraux du Québec, de la Saskatchewan et de l'Alberta ont appuyé la position du procureur général de la Colombie-Britannique.

Les avocats des appelantes se sont appuyés essentiellement sur les mêmes arguments que ceux qui avaient été présentés à la Cour d'appel. Une troisième prétention, selon laquelle la législation attaquée constituait une négation des droits de citoyenneté en ce qu'elle interdisait aux appelantes de faire le commerce de l'assurance-automobile en Colombie-Britannique et aux citoyens de cette province de faire affaire avec d'autres assureurs que la Corporation, semble ne pas avoir été soutenue devant la Cour d'appel. On n'y a insisté devant notre Cour que comme adjuvant des deux moyens principaux. A mon avis, elle est sans fondement et ne mérite pas plus ample examen.

RÉGLEMENTATION DES ÉCHANGES ET DU COMMERCE

Les arguments des appelantes sur ce point sont exposés en détail dans le jugement de première instance. On peut les résumer brièvement comme suit. Selon la preuve apportée par les appelantes, le commerce de l'assurance-automobile a de nos jours une portée interprovinciale et même internationale. A titre d'exemple, la Canadian Indemnity Company a son siège social à Winnipeg et sa direction à Toronto. Elle a des succursales dans les diverses provinces. Les primes versées vont des succursales au siège social. Il y a un mouvement de fonds continu des succursales vers le siège social et la direction et un moindre mouvement de ceux-ci vers les succursales provinciales. La compagnie peut opérer grâce à la création d'un réservoir ou fonds commun de capitaux qui lui permet

company to carry on its nation-wide business and to serve the requirements of policy-holders in all parts of Canada.

The appellants submit that, in the light of this evidence, the operations of the appellants in the field of automobile insurance constitute a "trade" which is a matter of interprovincial concern and, this being so, by virtue of s. 91(2) of *The British North America Act*, such operations are subject to regulation by the Federal Parliament and cannot be affected by a provincial Legislature by the creation of a provincial monopoly. The learned trial judge did not agree that the business of the appellants constituted a trade. McFarlane J.A. was of the view that the business of insurance might constitute a trade, but that it had never been held to be a trade within the meaning of s. 91(2). The other two members of the Court of Appeal felt that the business was a trade, but that the legislation in issue did not fall within s. 91(2).

Counsel for the respondent refers to *Citizens Insurance Company v. Parsons*², as establishing the power of a provincial Legislature to legislate with respect to contracts of insurance in a Province. He cites various cases in which the Privy Council and this Court have struck down attempts by the federal Parliament to regulate the matter of insurance in a Province. These cases include *Attorney General for Canada v. Attorney-General for Alberta*³; *Attorney General for Ontario v. Reciprocal Insurers*⁴, *In re The Insurance Act of Canada*⁵, and *Reference as to the Validity of Section 16 of the Special War Revenue Act*⁶. In the last-mentioned case Chief Justice Duff, referring to the judgment of the Privy Council in the 1932 case, said, at p. 434:

² (1881), 7 App. Cas. 96.

³ [1916] 1 A.C. 588.

⁴ [1924] A.C. 328.

⁵ [1932] A.C. 41.

⁶ [1942] S.C.R. 429.

de faire affaire à l'échelle nationale et de satisfaire aux exigences des détenteurs de polices dans tout le Canada.

Les appelantes prétendent que, à la lumière de ces éléments de preuve, leurs activités dans le domaine de l'assurance-automobile constituent des «échanges» qui sont une question d'intérêt interprovincial et, cela étant, que ces activités, en vertu de l'art. 91(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, relèvent de la réglementation du Parlement fédéral et qu'une législature provinciale ne peut y porter atteinte par la création d'un monopole provincial. Le savant juge de première instance n'a pas admis que les activités des appelantes constituaient des échanges. Le juge d'appel McFarlane a estimé que les opérations d'assurance pouvaient constituer des échanges, mais qu'il n'avait jamais été jugé qu'elles pouvaient être des échanges au sens de l'art. 91(2). Les deux autres membres de la Cour d'appel ont estimé qu'il s'agissait d'échanges, mais que la législation en litige ne relevait pas de l'art. 91(2).

Les avocats de l'intimé se réfèrent à l'arrêt *la Compagnie d'assurance des citoyens c. Parsons*² comme établissant le pouvoir d'une législature provinciale de légiférer sur les contrats d'assurance dans une province. Il cite diverses affaires dans lesquelles le Conseil privé et cette Cour ont brisé les tentatives du Parlement fédéral de réglementer le sujet des assurances dans une province. Il s'agit notamment des arrêts *le Procureur général du Canada c. le Procureur général de l'Alberta*³; *le Procureur général de l'Ontario c. Reciprocal Insurers*⁴; *In Re la Loi des assurances du Canada*⁵, et *Renvoi relatif à la validité de l'article 16 de la loi spéciale des revenus de guerre, et modifications*⁶. Dans la dernière affaire citée, le juge en chef Duff, se référant au jugement rendu par le Conseil privé dans l'affaire de 1932, déclarait à la p. 434:

² (1881), 7 App. Cas. 96.

³ [1916] 1 A.C. 588.

⁴ [1924] A.C. 328.

⁵ [1932] A.C. 41.

⁶ [1942] R.C.S. 429.

The principle of exclusive provincial control of the business of insurance within the province lies at the foundation of the judgment.

The argument of the appellants upon this issue is really founded upon the impact of the legislation upon their business operations in British Columbia. Because its effect is to put an end to their automobile insurance business in that province, and because their operations in the field of automobile insurance are interprovincial in scope, it is contended that the legislation constitutes a regulation of interprovincial trade and commerce. It is not, however, the fact that the legislation affects this business which is determinative. The constitutional validity of the legislation depends upon its aim and purpose (*Carnation Company Ltd. v. The Quebec Agricultural Marketing Board*⁷).

The purpose of the legislation in question is to provide for the compulsory insurance of motor-vehicles registered in British Columbia and of automobile drivers licensed in British Columbia through a corporation incorporated in British Columbia, which is a government controlled monopoly. It controls the business of automobile insurance in British Columbia.

The impact of the legislation upon the appellants' automobile insurance business in British Columbia could not be more drastic. However, that effect of the legislation upon companies whose operations are interprovincial in scope does not mean that the legislation is in relation to interprovincial trade and commerce. The aim of the legislation relates to a matter of provincial concern within the Province and to property and civil rights within the Province.

The submission of the Attorney General of Canada was in respect of the constitutional validity of s. 8 and ss. 77 to 81 of the *Automobile Insurance Act*. None of these provisions has been proclaimed since this Act was enacted on April 18, 1973, and, consequently, they have never had any legal effect. In these circumstances I do not consider it necessary to determine the extent of their

⁷ [1968] S.C.R. 238.

[TRANSDUCTION] Le principe du contrôle provincial exclusif des opérations d'assurance à l'intérieur de la province est à la base du jugement.

L'argument des appelantes sur ce point est en réalité fondé sur l'incidence de la législation sur leurs opérations commerciales en Colombie-Britannique. Parce que son effet est de mettre un terme à leur commerce d'assurance-automobile dans cette province et que leurs opérations dans le domaine de l'assurance-automobile ont une portée interprovinciale, il est allégué que la législation constitue une réglementation des échanges et du commerce interprovinciaux. Toutefois, ce n'est pas le fait que la législation porte atteinte à ce commerce qui est déterminant. La validité constitutionnelle de la législation dépend de son but et de son objet (*Carnation Co. Limitée c. L'Office des marchés agricoles du Québec*⁷).

L'objet de la législation en question est de rendre obligatoire l'assurance des véhicules automobiles enregistrés en Colombie-Britannique et des conducteurs ayant un permis de la Colombie-Britannique auprès d'une corporation constituée en Colombie-Britannique, qui constitue un monopole régi par le gouvernement. Elle régit le commerce de l'assurance-automobile en Colombie-Britannique.

L'incidence de la législation sur le commerce d'assurance-automobile des appelantes ne pouvait pas être plus radicale. Toutefois, le fait que la législation ait cet effet sur des compagnies dont les opérations ont une portée interprovinciale n'implique pas que la législation soit relative aux échanges et au commerce interprovinciaux. Le but de la législation concerne un sujet d'intérêt provincial à l'intérieur de la province ainsi que la propriété et les droits civils dans la province.

Les prétentions du procureur général du Canada regardaient la validité constitutionnelle des art. 8 et 77 à 81 de l'*Automobile Insurance Act*. Aucune de ces dispositions n'a été proclamée depuis la mise en vigueur de cette Loi, le 18 avril 1973, et, en conséquence, elles n'ont jamais eu un quelconque effet juridique. Dans ces circonstances, je ne crois pas nécessaire de déterminer l'étendue de leur

⁷ [1968] R.C.S. 238.

application, if proclaimed, or whether or not in the light of their possible effect it was within the power of the Legislature to enact them.

STERILIZATION OF FEDERALLY INCORPORATED COMPANIES

The appellants, relying upon the authority of such cases as *John Deere Plow Co. Ltd. v. Wharton*⁸; *Great West Saddlery Co. Ltd. v. The King*⁹; *Lukey v. Ruthenian Farmers' Elevator Co.*¹⁰, and *Attorney-General for Manitoba v. Attorney General for Canada*¹¹, contend that the legislation in question here impairs, in a substantial degree, the status and capacities of each of the appellants incorporated under Canadian law and, in consequence, is *ultra vires* of the Legislature of British Columbia. This submission was accepted by Robertson J.A. in the Court of Appeal.

The effect of this line of case law was the subject of comment recently in this Court by Chief Justice Laskin, when delivering the judgment of the Court, in *Morgan and Jacobson v. The Attorney-General for Prince Edward Island*¹², at p. 364:

The issue here is not unlike that which has governed the determination of the validity of provincial legislation embracing federally-incorporated companies. The case law, dependent so largely on the judicial appraisal of the thrust of the particular legislation, has established, in my view, that federally-incorporated companies are not constitutionally entitled, by virtue of their federal incorporation, to any advantage, as against provincial regulatory legislation, over provincial corporations or over extra-provincial or foreign corporations, so long as their capacity to establish themselves as viable corporate entities (beyond the mere fact of their incorporation), as by raising capital through issue of shares and debentures, is not precluded by the provincial legislation. Beyond this, they are subject to competent provincial regulations in respect of businesses or activities which fall within provincial legislative power.

The particular legislation which was in issue in the *John Deere* case was a British Columbia stat-

application en cas de proclamation ni si, à la lumière de leur effet possible, la Législature avait le pouvoir de les édicter.

NEUTRALISATION DES COMPAGNIES À CHARTE FÉDÉRALE

Les appelantes, s'appuyant sur l'autorité de certains arrêts comme *John Deere Plow Co. Ltd. v. Wharton*⁸, *Great West Saddlery Company Limited c. le Roi*⁹; *Lukey c. Ruthenian Farmers' Elevator Company*¹⁰; et *le Procureur général du Manitoba c. le Procureur général du Canada*¹¹, prétendent que la législation en question ici porte substantiellement atteinte au statut et aux pouvoirs de chacune des appelantes constituées en corporation en vertu du droit canadien et qu'en conséquence, elle excède la compétence de la Législature de la Colombie-Britannique. En Cour d'appel, le juge Robertson a accueilli cette prétention.

La portée de cette série de décisions a récemment été commentée par le juge en chef Laskin lorsqu'il a rendu le jugement de cette Cour dans l'affaire *Morgan and Jacobson c. le Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard*¹², à la p. 364:

Le litige en l'espèce s'apparente à ceux qui ont porté sur la validité des lois provinciales applicables aux compagnies à charte fédérale. La jurisprudence fondée essentiellement sur l'appréciation par les tribunaux de la portée des lois particulières a établi, selon moi, que la Constitution ne donne de ce chef aux compagnies à charte fédérale, à l'égard de la législation provinciale, aucun avantage dont ne bénéficient pas les compagnies provinciales ou les compagnies extra-provinciales ou étrangères, tant que la loi provinciale ne détruit pas leur capacité de s'établir comme entités juridiques viables (au-delà du seul fait de leur constitution en corporation), par exemple en se procurant des capitaux par l'émission d'actions et d'obligations. Par ailleurs, elles sont assujetties à la réglementation provinciale normale applicable aux entreprises et activités qui relèvent de la compétence provinciale.

La loi particulière en litige dans l'affaire *John Deere* était une loi de la Colombie-Britannique qui

⁸ [1915] A.C. 330.

⁹ [1921] 2 A.C. 91.

¹⁰ [1924] S.C.R. 56.

¹¹ [1929] A.C. 260.

¹² [1976] 2 S.C.R. 349.

⁸ [1915] A.C. 330.

⁹ [1921] 2 A.C. 91.

¹⁰ [1924] R.C.S. 56.

¹¹ [1929] A.C. 260.

¹² [1976] 2 R.C.S. 349.

ute which required every extra-provincial company (which included a federally-incorporated company) to be licensed or registered under that Act, failing which it would not be capable of carrying on business in the Province or able to maintain legal proceedings in the provincial Courts in respect of a contract made in the Province.

Viscount Haldane, at p. 341, said:

It is enough for present purposes to say that the Province cannot legislate so as to deprive a Dominion company of its status and powers.

However, he went on to say, on the same page:

This does not mean that these powers can be exercised in contravention of the laws of the Province restricting the rights of the public in the Province generally. What it does mean is that the status and powers of a Dominion company as such cannot be destroyed by provincial legislation.

In the *Great West Saddlery* case, a consolidation of three cases, the issue involved the validity of provincial legislation in Ontario, Manitoba and Saskatchewan. Again the legislation in question purported to preclude federally-incorporated companies from carrying on business in the Province unless registered or licensed by the Province. Penalties were imposed for non-compliance. The Acts were held to be *ultra vires* of the provincial Legislatures.

There was also in issue, in one of these cases, the validity of the Ontario *Mortmain and Charitable Uses Act* in its application to federally-incorporated companies. Dealing with this matter, Viscount Haldane said, at p. 119:

Their Lordships will dispose in the first place of a subsidiary matter, which is whether a Dominion company can be precluded from acquiring and holding land in a province by a Provincial law of the nature of a general Mortmain Act. It is clear, both on principle and from previous decisions, that it is within the competence of a Provincial Legislature to enact such legislation, and the question is therefore answered in the affirmative. If there be a provision to this effect, occurring even in a statute which in other respects is *ultra vires*, and that provision be severable, it is valid. In the Ontario case there is therefore no doubt that the broad result of the

obligeait toute compagnie extra-provinciale (ce qui comprenait les compagnies à charte fédérale) à obtenir un permis ou à se faire enregistrer conformément à la Loi, à défaut de quoi la capacité lui était ôtée de faire affaire dans la province ou d'ester en justice devant les tribunaux provinciaux pour un contrat passé dans la province.

Le vicomte Haldane déclara à la p. 341:

[TRADUCTION] Il suffit ici de dire que la province ne peut passer une loi dépossédant une compagnie du Dominion de son statut et de ses pouvoirs.

Mais il continuait plus loin à la même page:

[TRADUCTION] Cela ne signifie pas que ces pouvoirs puissent être exercés en contravention aux lois provinciales apportant des restrictions générales aux droits du public dans la province. Cela signifie seulement que le statut et les pouvoirs d'une compagnie du Dominion en eux-mêmes ne peuvent être anéantis par une législation provinciale.

Dans l'affaire *Great West Saddlery* qui réunissait trois affaires, la question en litige était la validité de lois provinciales de l'Ontario, du Manitoba et de la Saskatchewan. Là encore la législation en question entendait interdire à des compagnies à charte fédérale de faire affaire dans la province à moins qu'elles ne soient enregistrées dans la province ou n'en aient obtenu un permis. Les contrevenantes étaient passibles de sanctions. Les lois ont été jugées *ultra vires* des législatures provinciales.

Dans l'une de ces affaires, un autre point en litige était la validité du *Mortmain and Charitable Uses Act* de l'Ontario en ce qui concernait son application à des compagnies à charte fédérale. Traitant de cette question, le vicomte Haldane déclarait à la p. 119:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries statueront en premier lieu sur une question subsidiaire, soit celle de savoir si une loi provinciale sur la mainmorte d'application générale peut empêcher une compagnie du Dominion d'acquérir et de posséder des terrains dans la province. Il est évident, tant en principe qu'en raison des décisions antérieures, qu'une législature provinciale a cette compétence; cette question reçoit donc une réponse affirmative. S'il y a une disposition à cet effet, même dans une loi qui par ailleurs est *ultra vires*, et si elle peut être divisée, elle est valide. Dans l'affaire ontarienne, il n'y a donc aucun doute que ce qui résulte en fait de la

contention of the Province under this head is well founded; for there the Legislature has passed a Mortmain Act of general application, and in regard to this Act a Dominion company is in no better position than any other corporation which desires to hold land.

In the *Lukey* Case this Court considered the validity of the Saskatchewan *Sale of Shares Act* in relation to its application to the sale of its own shares in the Province by a federally-incorporated company. The statute provided that no person should sell shares of a company, or offer such shares for sale, without first obtaining a certificate from the Local Government Board. Duff J., as he then was, said, at p. 73:

The enactments of the impugned statute necessarily have as already mentioned the immediate effect of preventing Dominion companies with head offices in Saskatchewan exercising in the normal way the power to obtain capital through subscription for their shares. Not only is that the effect of the legislation, it is of the essence of its design. For by its provisions the exercise of the powers of such a company is made conditional upon submission by the company to a provincial control which would deprive it of the free right of exercising its capacities according to the constitution validly imposed upon it by the Dominion; the constitution, the arrangements between the company and its members, between different classes of members, between the members and the management as touching the control of its affairs, and the distribution of profits are all subjected to the supervision of the provincial Local Board.

He went on to say, at p. 74:

This is not to say that such companies are withdrawn from the operation of provincial laws dealing generally with matters that may be embraced in whole or in part within the objects of the company. Dominion companies empowered to deal in intoxicating liquors for example are subject to provincial laws regulating or suppressing the sale of liquor; but such laws are not laws aimed at Dominion companies as such or at joint stock companies as such and do not in effect or in purpose prohibit or impose conditions upon the exercise of powers of Dominion companies which are essential in the sense that they are necessary to enable them in a practical way to function as corporations according to the constitutions imposed upon them by the Dominion.

The case of *Attorney-General for Manitoba v. Attorney General for Canada*, decided by the

prétention de la province sous ce chef est bien fondé, car la législature de cette province a adopté une loi sur la mainmorte d'application générale, et, à l'égard de cette loi, la position d'une compagnie du Dominion n'est pas meilleure que celle de toute autre corporation qui désire posséder des terrains.

Dans l'affaire *Lukey*, cette Cour a étudié la validité de la *Sale of Shares Act* de la Saskatchewan en ce qui concernait son application à la vente par une compagnie à charte fédérale de ses propres actions dans la province. La Loi disposait que nul ne devait vendre les actions d'une compagnie ou les mettre en vente sans obtenir au préalable un certificat de la Commission des affaires municipales. Le juge Duff, alors juge puîné, déclara à la p. 73:

[TRADUCTION] Les dispositions de la loi attaquée ont nécessairement pour effet immédiat, comme on l'a déjà dit, d'empêcher des compagnies du Dominion ayant leur siège social en Saskatchewan d'exercer normalement leur pouvoir de réunir des capitaux au moyen de souscriptions de leurs actions. Non seulement la législation a-t-elle cet effet, mais c'est là l'essentiel de son propos, car ses dispositions subordonnent l'exercice des pouvoirs d'une telle compagnie à la soumission de celle-ci à un contrôle provincial qui la priverait du libre exercice de ses pouvoirs conformément au statut qui lui a été régulièrement conféré par le Dominion. Le statut, les ententes entre la compagnie et ses membres, entre les différentes catégories de membres, entre les membres et la direction en ce qui concerne le contrôle de ses affaires et la distribution des profits, tout cela est soumis à la supervision de la Commission municipale provinciale.

Et il poursuivait à la p. 74:

[TRADUCTION] Ce n'est pas dire que pareilles compagnies sont soustraites à l'effet des lois provinciales générales portant sur des sujets correspondant en tout ou en partie aux objets de la compagnie. Les compagnies du Dominion habilitées à faire le commerce des boissons enivrantes sont soumises aux lois provinciales réglementant ou interdisant la vente d'alcool; mais de telles lois ne visent pas les compagnies du Dominion ou les compagnies par actions comme telles et n'ont ni pour effet ni pour but d'empêcher ou de restreindre l'exercice par les compagnies du Dominion de pouvoirs qui sont essentiels en ce sens qu'ils leur sont nécessaires pour leur permettre pratiquement de fonctionner en tant que corporations conformément aux statuts qui leur ont été conférés par le Dominion.

L'affaire *le Procureur général du Manitoba c. le Procureur général du Canada*, jugée par le Conseil

Privy Council, dealt with two Manitoba statutes, *The Sale of Shares Act* and *The Municipal and Public Utility Board Act*, which had provisions similar to the legislation considered by this Court in the *Lukey* case and which were held, for similar reasons, to be invalid.

The four cases above mentioned all dealt with provincial company law or securities legislation and their effect in frustrating the effect of federal incorporation. In each case the legislation was held to be *ultra vires* of the provincial Legislature. They were followed by the important Privy Council decision in the case of *Lymburn v. Mayland*¹³. In this case it was argued that *The Security Frauds Prevention Act, 1930*, of Alberta, was *ultra vires* the provincial Legislature in so far as it applied to federally-incorporated companies. The Act provided that no person could trade in securities unless he was registered with the approval of the Attorney-General. A corporation could be registered which would obviate the necessity for its officials registering. A public company was not permitted to sell its shares unless it did so through a registered person or was itself registered. Section 9 of the Act provided that the Attorney-General, or his delegate, could examine any person or company to ascertain whether any "fraudulent act" had been, was being, or was about to be committed. The case arose when the Attorney-General of Alberta appointed an examiner to examine into the affairs of three federal companies. The Alberta Courts granted an interim injunction to prevent the Attorney-General's nominee from examining the federal company and held that s. 9 of the Act was *ultra vires* in relation to such companies. On appeal, Lord Atkin, speaking for the Privy Council, said, at pp. 322 and 323:

Before the Board the attack was made on a broader ground. The whole Act was invalid so far as it related to Dominion companies, because it destroyed their status

¹³ [1932] A.C. 318.

privé, concernait deux lois du Manitoba, la *Sales of Shares Act* et la *Municipal and Public Utility Board Act*, qui contenaient des dispositions semblables à la législation considérée par notre Cour dans l'affaire *Lukey* et qui ont été, pour des motifs semblables, jugées invalides.

Les quatre affaires ci-dessus portaient toutes sur des lois provinciales sur les compagnies ou les valeurs mobilières et sur la mesure dans laquelle leur effet contrecarrait celui de la constitution en corporation fédérale. Dans chaque cas, on a jugé que la législation excédait la compétence de la législature provinciale. Ces arrêts ont été suivis dans l'importante décision rendue par le Conseil privé dans l'affaire *Lymburn c. Mayland*¹³. Dans cette affaire, on prétendait que la *Security Frauds Prevention Act, 1930*, de l'Alberta excédait la compétence de la Législature provinciale dans la mesure où elle s'appliquait à des compagnies à charte fédérale. La Loi prévoyait que nulle personne ne pouvait faire le négoce des valeurs mobilières si elle ne s'était enregistrée avec l'approbation du procureur général. Une compagnie pouvait se faire enregistrer ce qui dispensait ses administrateurs de le faire personnellement. Une compagnie publique n'était pas autorisée à vendre ses actions, à moins de le faire par l'intermédiaire d'une personne enregistrée ou d'être elle-même enregistrée. L'article 9 prévoyait que le procureur général, ou son délégué, pouvait soumettre à un examen toute personne ou compagnie pour déterminer si un «acte frauduleux» avait été commis, l'était ou était sur le point de l'être. Le litige survint lorsque le procureur général de l'Alberta nomma une personne pour procéder à l'examen des affaires de trois compagnies fédérales. Les tribunaux de l'Alberta prononcèrent une injonction provisoire empêchant la personne nommée par le procureur général de procéder à l'examen des compagnies fédérales et jugea que l'art. 9 de la Loi, en ce qui concernait ces compagnies, était *ultra vires*. En appel, lord Atkin, parlant au nom du Conseil privé, déclara aux pp. 322 et 323:

[TRADUCTION] Devant cette chambre, on a fondé l'attaque sur un motif plus large, à savoir que la loi tout entière était invalide en ce qu'elle visait les compagnies

¹³ [1932] A.C. 318.

by making it impossible for them to issue their share capital. In this respect it was said the case was covered by the decision of this Board in *Att.-Gen. for Manitoba v. Att.-Gen. for Canada*, [1929] A.C. 260. . . . Their Lordships cannot accept any of these contentions.

The Court considered the argument that the provisions of this statute, so far as they affected federal companies, were *ultra vires* according to the principles of *John Deere Plow, Great West Saddlery* and *Attorney-General for Manitoba v. Attorney General for Canada*. The Board's answer to that submission is contained in the following language, found on pp. 324 and 325:

It appears to their Lordships impossible to bring this legislation within such a principle. A Dominion company constituted with powers to carry on a particular business is subject to the competent legislation of the Province as to that business and may find its special activities completely paralysed, as by legislation against drink traffic or by the laws as to holding land. If it is formed to trade in securities there appears no reason why it should not be subject to the competent laws of the Province as to the business of all persons who trade in securities. As to the issue of capital there is no complete prohibition, as in the *Manitoba* case in 1929; and no reason to suppose that any honest company would have any difficulty in finding registered persons in the Province through whom it could lawfully issue its capital. There is no material upon which their Lordships could find that the functions and activities of a company were sterilized or its status and essential capacities impaired in a substantial degree.

The learned trial judge dealt with the issues now being considered in the following passage in his judgment:

The principle which I think can properly be drawn from these cases and the principle which I apply in holding that the impugned legislation is not *ultra vires* the Province, insofar as it affects Dominion companies, is that which was stated by the Appellate Division of the Alberta Supreme Court in *Rex v. Arcadia Coal Co.* [1932] 1 W.W.R. 771. In that case the constitutional validity of the *Alberta Coal Miner's Security Act* was challenged. The statute had purported to prohibit the operation of any mine within the Province where a bond

fédérales, parce qu'elle anéantissait leur statut en les empêchant d'émettre leur capital-actions. A cet égard, l'arrêt de cette chambre dans l'affaire *le Proc. gén. du Manitoba c. Le Proc. gén. du Canada* [1929] A.C. 260, s'appliquait, a-t-on dit, à l'espèce. . . . Leurs Seigneuries ne peuvent accueillir aucune de ces prétentions.

La Cour examina l'argument selon lequel les dispositions de cette loi, dans la mesure où elles affectaient les compagnies fédérales, étaient *ultra vires* en raison des principes énoncés dans les affaires *John Deere Plow, Great West Saddlery* et *le Procureur général du Manitoba c. le Procureur général du Canada*. La chambre répondit à cette prétention en ces termes, aux pp. 324 et 325:

[TRADUCTION] Il semble impossible à leurs Seigneuries d'appliquer un tel principe à la présente législation. Une compagnie fédérale, constituée dans le but d'exploiter une entreprise particulière, est assujettie à la loi valide de la province concernant ce type d'entreprise et elle peut trouver son activité spécifique complètement paralysée, par exemple par la législation réprimant le trafic des alcools ou par les lois relatives à la propriété foncière. Si elle est constituée pour pratiquer le négoce des valeurs mobilières, il ne semble y avoir aucune raison pour qu'elle ne soit pas assujettie aux lois valides de la province concernant l'entreprise de tous ceux qui se livrent à ce négoce. Quant à l'émission du capital-actions, il n'y a pas d'interdiction complète comme dans l'affaire *Manitoba* de 1929, et il n'y a pas lieu de supposer qu'une compagnie de bonne foi aurait de la peine à trouver dans la province des personnes enregistrées par l'intermédiaire desquelles elle pourrait valablement émettre son capital-actions. Il n'y a aucun élément de preuve qui permette à leurs Seigneuries de conclure que les fonctions et l'activité d'une compagnie ont été paralysées ou que son statut et ses pouvoirs essentiels ont été radicalement amoindris.

Le savant juge du procès a traité les questions présentement débattues dans le passage suivant de son jugement:

[TRADUCTION] Le principe que l'on peut, à mon avis, tirer à bon droit de ces arrêts et qui me conduit à décider que la législation attaquée n'est pas *ultra vires* de la province, dans la mesure où elle affecte des compagnies fédérales, est celui qui a été posé par la division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta dans l'affaire *Rex c. Arcadia Coal Co.* [1932] 1 W.W.R. 771. Dans cette affaire, on contestait la constitutionnalité de la *Coal Miner's Security Act*. La Loi avait pour objet d'interdire l'exploitation d'une mine tant qu'une caution

or security satisfactory to the Minister had not been furnished to him. McGillivray J.A., for the Court, declared the Act to be *intra vires* the Province, and in coming to that conclusion stated, at p. 784, what he took to be the effect of the authorities:

“A provincial Legislature may enact laws, province-wide, of general application (i.e., including the public generally) in respect of any of the subjects enumerated in sec. 92 and in so doing may completely paralyse all activities of a Dominion trading company provided that in the enactment of such laws it does not enter the field of company law and in that field encroach upon the status and powers of a Dominion company as such.

“In my view an enactment of a provincial Legislature, limited in direct effect by provincial boundaries, which relates to a particular trade or business carried on within its boundaries, quite regardless of whether or not that trade or business is carried on by natural persons or companies, is valid, but the moment that a provincial Legislature legislates concerning companies as such, then, if such legislation constitutes regulation or impairment or sterilization of the powers and capacities which the Dominion has conferred, the legislation will be invalid.

“I may add, as pointed out by Viscount Sumner in *Atty.-Gen. for Man. v. Atty.-Gen. for Can.*, *supra*, such last-mentioned legislation is not saved by the fact that all kinds of companies, provincial as well as Dominion, are aimed at without special discrimination against Dominion companies.

“The distinction between enactments affecting Dominion companies that are of general application and those that may be termed company law is simply this: In the former case there is no attempt to interfere with powers validly granted to the company by the Dominion nor with the status of the company as such. The circumstance that the company consistently with the general laws of the province may not exercise those powers does not destroy or impair the powers. In the latter case the enactment prohibits or imposes conditions upon the exercise of the powers of Dominion companies as such. In short it is aimed at and affects Dominion company powers as distinguished from being aimed at and affecting a trade or business in the province which Dominion companies may happen to be engaged in in common with provincial companies and natural persons.

ou sûreté suffisante n'avait pas été fournie au Ministre. Le juge McGillivray, en rendant le jugement de la Cour, déclara que la Loi relevait de la compétence de la province et, pour arriver à cette conclusion, exposa, à la p. 784, le sens qu'il fallait, selon lui, donner à la jurisprudence:

«Une législature provinciale peut, pour toute la province, passer des lois d'application générale (c.-à-d. s'adressant à l'ensemble des citoyens) sur l'un quelconque des sujets énumérés à l'art. 92) et, ce faisant, paralyser complètement toutes les activités d'une compagnie commerciale du Dominion pourvu qu'en passant de telles lois, elle n'entre pas dans le champ du droit des compagnies ni ne porte atteinte de ce fait au statut et aux pouvoirs d'une compagnie du Dominion en tant que telle.

«A mon point de vue, une disposition législative provinciale, dont l'effet direct ne s'étend pas au-delà des frontières provinciales et qui porte sur un négoce ou commerce exploité à l'intérieur de ses frontières, sans égard au fait que ce négoce ou commerce est exploité par des personnes physiques ou des compagnies, est valide; mais dès lors qu'une législature provinciale légifère sur les compagnies en tant que telles, la législation est invalide si elle réglemente, amoindrit ou neutralise les pouvoirs qui leur ont été conférés par le Dominion.

«Je peux ajouter, comme le soulignait le vicomte Sumner dans l'arrêt *Proc. gén. du Man. c. Proc. gén. du Can.*, précité, qu'une telle législation n'échappe pas à la critique du seul fait que toutes les compagnies, provinciales ou fédérales, sont visées par elle sans discrimination particulière à l'endroit des compagnies du Dominion.

«La distinction entre les dispositions législatives d'application générale qui atteignent les compagnies du Dominion et celles que l'on peut qualifier de droit des compagnies est simplement la suivante: dans le premier cas il n'existe aucune tentative de porter atteinte aux pouvoirs régulièrement accordés à la compagnie par le Dominion ni aux statuts de la compagnie comme telle. Le fait que la compagnie ne puisse, si elle se conforme aux lois générales de la province, exercer ces pouvoirs ne détruit ni n'amoindrit ceux-ci. Dans le second cas, les dispositions empêchent ou restreignent l'exercice des pouvoirs des compagnies du Dominion en tant que telles. En bref, elles visent et atteignent les pouvoirs des compagnies du Dominion, plutôt qu'elles ne visent et atteignent un négoce ou commerce dans la province dont les compagnies du Dominion pourraient éventuellement partager l'exploitation avec des compagnies provinciales et des personnes physiques.

“In the one case the legislation has to do with a provincial matter, Dominion companies being only incidentally affected; in the other case the legislation is aimed either at Dominion companies or at all companies which includes Dominion companies, and so the province with power to legislate only as to provincial companies must be said to have entered the Dominion field.”

The *Arcadia Coal* case was decided shortly after the decision of the Privy Council in *Lymburn v. Mayland*, which judgment is referred to in it.

I am in agreement with this statement which accords with that of Chief Justice Laskin in the *Morgan* case, previously quoted. Parliament can create and maintain the legal existence of a corporate entity, with which a Province cannot interfere. But a provincial Legislature within its own field of legislative power can regulate, in the Province, a particular business or activity. The fact that a federally-incorporated company has, by federal legislation, derived existence as a legal person, with designated powers, does not mean that it is thereby exempted from the operation of such provincial regulation. It is subject to such regulation in the same way as a natural person or a provincially-incorporated company.

In my opinion the second submission of the appellants also fails. I would dismiss the appeal, with costs to the respondent. There should be no costs payable by or to any of the intervenants.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the plaintiffs, appellants: Cumming, Richards, Underhill, Vancouver.

Solicitors for the defendant, respondent: John McAlpine & Assoc., Vancouver.

«Dans un cas, la législation porte sur une matière provinciale et les compagnies du Dominion ne sont atteintes que de façon incidente; dans l'autre, la législation vise soit les compagnies du Dominion, soit toutes les compagnies y compris les compagnies du Dominion, et la province, n'ayant le pouvoir de légiférer qu'à l'égard des compagnies provinciales, doit être réputée être entrée dans le champ fédéral.»

L'arrêt *Arcadia Coal* a été prononcé peu après la décision rendue par le Conseil privé dans l'affaire *Lymburn c. Mayland*, à laquelle il se réfère.

Je suis d'accord avec cet exposé de principe qui concorde avec celui du juge en chef Laskin dans l'affaire *Morgan*, précitée. Le Parlement peut créer et maintenir l'existence juridique d'une personne morale et la province ne peut y porter atteinte. Mais une législature peut, dans les limites de ses compétences législatives, réglementer dans la province, une entreprise ou activité donnée. Le fait qu'une compagnie à charte fédérale tire sa personnalité juridique et des pouvoirs spécifiques de la législation fédérale ne la soustrait pas pour autant à l'effet de cette réglementation provinciale. Elle y est soumise de la même façon qu'une personne physique ou qu'une compagnie à charte provinciale.

J'estime que la seconde prétention des appelantes n'est pas fondée non plus. Je suis d'avis de rejeter l'appel, avec dépens en faveur de l'intimé et sans dépens pour ou contre les intervenants.

Appel rejeté avec dépens.

Procureurs des demandereses, appelantes: Cumming, Richards, Underhill, Vancouver.

Procureurs du défendeur, intimé: John McAlpine & Assoc., Vancouver.

Jérôme Thériault and Hermel Plourde
Appellants;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1977: May 18.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NEW BRUNSWICK, APPEAL DIVISION

Criminal law — Conspiracy — Charge to the jury — Substantial errors in charge — New trial ordered.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of New Brunswick, Appeal Division, affirming a conviction by Chaiker Abbis Co. Ct. J. sitting with a jury. Appeal allowed.

Jean-Claude Angers and Gilles C. Thibodeau, for the appellants.

A. R. Picard, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are all of the opinion that there must be a new trial in this case. We are concerned about the clarity of the indictment, but that is a matter for Crown counsel to consider. The appeal is accordingly allowed, the judgments below are set aside, and a new trial directed.

Appeal allowed, new trial ordered.

Solicitors for the appellants: Rice & Angers, Edmundston.

Solicitor for the respondent: André Picard, Edmundston.

Jérôme Thériault et Hermel Plourde
Appellants;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1977: le 18 mai.

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

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DU NOUVEAU-BRUNSWICK.

Droit criminel — Complot — Exposé au jury — Erreurs importantes dans l'exposé — Nouveau procès ordonné.

POURVOI interjeté d'un jugement de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, confirmant une déclaration de culpabilité prononcée par le juge de la cour de comté Chaiker Abbis et un jury. Appel accueilli.

Jean-Claude Angers et Gilles C. Thibodeau, pour les appelants.

A. R. Picard, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis d'ordonner un nouveau procès dans cette affaire. L'imprécision de l'acte d'accusation nous préoccupe, mais il appartient au ministère public d'y remédier. Le pourvoi est donc accueilli, les jugements des tribunaux d'instance inférieure sont annulés et un nouveau procès est ordonné.

Appel accueilli, nouveau procès ordonné.

Procureurs des appelants: Rice et Angers, Edmundston.

Procureur de l'intimée: André Picard, Edmundston.

Elizabeth Mary Phillips and Evangeline Phillips *Appellants*;

and

Leo Roy and Lionel Fontaine *Respondents*.

1977: June 2.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NEW BRUNSWICK, APPEAL DIVISION

Motor vehicles — Failure to establish negligence — Concurrent findings by Courts below — No reason to reverse.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of New Brunswick, Appeal division¹, affirming a judgment of Stevenson J.² dismissing appellants' claim for damages. Appeal dismissed with costs.

Raymond Dubé, for the appellants.

J. Turney Jones, Q.C., for the respondents.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—We see no reason to reverse the concurrent findings of the Courts below that the appellants failed to establish negligence on the part of the respondent Roy. The appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Raymond, Dubé, Dalhousie.

Solicitors for the respondents: Gilbert, McGloan, Gillis & Jones, Saint John.

¹ (1974), 4 A.P.R. 137.

² (1974), 9 N.B.R. 618.

Elizabeth Mary Phillips et Evangeline Phillips *Appelantes*;

et

Leo Roy et Lionel Fontaine *Intimés*.

1977: le 2 juin.

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

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Véhicules automobiles — Défaut d'établir la négligence — Conclusions concordantes des tribunaux d'instance inférieure — Aucune raison d'infirmer.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick¹, confirmant un jugement du juge Stevenson² qui a rejeté la demande en dommages-intérêts des appelantes. Pourvoi rejeté avec dépens.

Raymond Dubé, pour les appelantes.

J. Turney Jones, c.r., pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE MARTLAND—Nous ne voyons aucune raison d'infirmer les conclusions concordantes des tribunaux d'instance inférieure selon lesquelles les appelantes n'ont pas pu faire la preuve de la négligence de l'intimé Roy. Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Raymond, Dubé, Dalhousie.

Procureurs des intimés: Gilbert, McGloan, Gillis & Jones, Saint Jean.

¹ (1974), 4 A.P.R. 137.

² (1974), 9 N.B.R. 618.

Cam Gard Supply Limited *Appellant;*

and

The Minister of National Revenue
Respondent.

1977: March 14.

Present: Martland, Judson, Spence, Pigeon and Beetz JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income Tax — Contribution by an employer to a pension plan — No “obligations of the fund or plan to the employees” — Deduction disallowed — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 76.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ which affirmed the judgment of the Trial Division dismissing the appellant's appeal from reassessment made by the respondent. Appeal dismissed.

A. J. Irving, for the appellant.

C. T. A. MacNab and *C. M. Fien*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—We are all of the opinion that the judgment of the Court of Appeal is correct. The appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.

Solicitor for respondent: D. S. Thorson, Q.C., Ottawa.

¹ [1974] 2 F.C. 236.

Cam Gard Supply Limited *Appelante;*

et

Le ministre du Revenu National *Intimé.*

1977: le 14 mars.

Présents: Les juges Martland, Judson, Spence, Pigeon et Beetz.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Fiscalité — Impôt sur le revenu — Contribution versée par un employeur à un régime de retraite — Pas d'«obligations du fonds ou du plan envers les employés» — Déduction non permise — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 76.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ qui a confirmé le jugement de la Division de première instance rejetant l'appel interjeté par l'appelante contre de nouvelles cotisations établies par l'intimé. Pourvoi rejeté.

A. J. Irving, pour l'appelante.

C. T. A. MacNab et *C. M. Fien*, pour l'intimé.

Le jugement a été rendu oralement au nom de la Cour par

LE JUGE MARTLAND—Nous sommes tous d'accord avec le jugement de la Cour d'appel. Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.

Procureur de l'intimé: D. S. Thorson, c.r., Ottawa.

¹ [1974] 2 C.F. 236.

Robert Joseph Sokoloski *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1976: November 18; 1977: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Conspiracy — Conspiracy to traffic in a controlled drug — Evidence establishing conspiracy — Facts constituting conspiracy to traffic — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 34(1) — Criminal Code, s. 423(1)(d).

In April 1972 the police had under surveillance a motor vehicle driven by one Davis. When apprehended Davis was seen to pass a white powder substance (methamphetamine) to a companion who then threw it out of the window. After the arrest of Davis and his companion the police searched Davis' premises and found drug trafficking paraphernalia. In the course of the search the telephone rang, and was answered by a police officer. The caller, the appellant, asked the officer believing him to be Davis "Did that stuff finally come in?" The officer replied that it had and arranged a meeting with appellant to deliver it to him. It was agreed that appellant would have a cheque for \$1,100 and the amount of the substance to be purchased was one pound. The evidence at trial disclosed the drugs would have a resale value of \$9,000. The trial judge acquitted the appellant of conspiring with others to traffic in a controlled drug because the Crown failed to prove an agreement between the appellant and Davis to traffic. The Court of Appeal however set aside the acquittal and entered a conviction.

Held (Laskin C.J. and Judson, Spence and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: It was an error in law to hold that to establish conspiracy as charged it was necessary to prove an agreement jointly to manufacture, sell, transport or deliver the drug without authority. The deal was for the sale of drugs with a resale value of \$9,000 not for the

Robert Joseph Sokoloski *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1976: le 18 novembre; 1977: le 25 janvier.

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

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

Droit criminel — Complot — Complot de faire le trafic d'une drogue contrôlée — Preuve établissant le complot — Faits constituant le complot de faire le trafic — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, c. F-27, par. 34(1) — Code criminel, art. 423(1)d.

En avril 1972 la police avait pris en filature une automobile conduite par un certain Davis. Pendant l'opération on remarqua que Davis passait une poudre blanche (méthamphétamine) à une personne qui l'accompagnait qui la jeta par la fenêtre. Après l'arrestation de Davis et de sa compagne, la police fit une perquisition au domicile de Davis et trouva des accessoires utilisés pour le trafic de drogues. Pendant la perquisition le téléphone sonna et un policier répondit. La personne qui appelait, Sokoloski, demanda au policier, qu'il croyait être Davis, si «la camelote était enfin arrivée?» L'agent de police répondit qu'elle était arrivée et fixa un rendez-vous à l'appellant pour la lui livrer. Il fut convenu que l'appellant aurait un chèque de \$1,100 pour acheter une livre de la substance. En première instance, la preuve révéla que la drogue avait une valeur de revente de \$9,000. Le juge de première instance a acquitté l'appellant d'une accusation d'avoir comploté avec d'autres de faire le trafic d'une drogue contrôlée parce que le ministère public n'avait pas prouvé l'existence d'un accord entre l'appellant et Davis pour trafiquer. Toutefois, la Cour d'appel a infirmé le jugement d'acquiescement et inscrit une déclaration de culpabilité.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence et Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Décider que pour établir le complot dont fait mention l'acte d'accusation, il était nécessaire de prouver un accord entre les parties pour, conjointement, fabriquer, vendre, transporter ou livrer une drogue contrôlée, sans en avoir l'autorisation, constituait une erreur de droit. Il s'agissait d'un marché pour la vente de drogues ayant une valeur de revente de \$9,000, non pas

appellant's own consumption but for the purpose of trafficking and this constituted a conspiracy to traffic.

Per Laskin C.J. and Judson, Spence and Dickson JJ. *dissenting*: The question on appeal was whether a person purchasing a controlled drug may be found guilty of conspiracy with the seller to traffic in that drug by reason only of agreeing to purchase or have the drug delivered to him by the seller. The importance of the question lay in the fact that it is not an offence to buy or be in possession of a controlled drug. The only basis of an unlawful conspiracy would have been by proof of an agreement, which the trial judge said he could not find, between the appellant and Davis for the resale of the drug supplied by Davis.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario setting aside an acquittal at trial and entering a conviction of conspiring with others to traffic in a controlled drug, methamphetamine, contrary to s. 34(1) of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27 and s. 423 (1)(d) of the *Criminal Code*.

Charles Ryall, for the appellant.

S. M. Fromkin, Q.C., and *A. Fradkin*, for the respondent.

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

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—The short and important question in this appeal is whether a person who purchases a controlled drug, for example methamphetamine, may be found guilty of conspiracy with the seller to traffic in that drug by reason only of agreeing to purchase or agreeing to have the drug delivered to him by the seller. The importance of this question lies in the fact that it is not an offence to buy a controlled drug, and it is not an offence to be in possession of a controlled drug. It is an offence to be in possession for the purpose of trafficking, but Crown counsel in this appeal made it clear that he was not contending that the conspiracy alleged lay in any agreement between the seller and the accused buyer to obtain the drug for the purpose of resale. What we are

pour la consommation personnelle de l'appelant, mais dans le but de trafiquer et ceci constituait un complot pour faire le trafic de drogues.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence et Dickson, *dissidents*: La question se posant dans ce pourvoi est de savoir si une personne qui achète une drogue contrôlée peut être déclarée coupable de complot avec le vendeur en vue de faire le trafic de cette drogue, pour le seul motif qu'elle convient d'acheter ou de se faire livrer la drogue par le vendeur. L'importance de cette question réside dans le fait que l'achat ou la possession d'une drogue contrôlée n'est pas une infraction. On ne pouvait alléguer le complot illégal qu'en se fondant sur la preuve d'un accord, ce que le juge de première instance a déclaré ne pas pouvoir conclure, entre l'appelant et Davis en vue de la revente de la drogue fournie par ce dernier.

POURVOI interjeté contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario infirmant un jugement d'acquiescement en première instance et prononçant une déclaration de culpabilité pour avoir comploté avec d'autres de faire le trafic d'une drogue contrôlée, la méthamphetamine, contrairement aux dispositions du par. 34(1) de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, c. F-27 et de l'art. 423(1)d) du *Code criminel*.

Charles Ryall, pour l'appelant.

S. M. Fromkin, c.r., et *A. Fradkin*, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—La brève et importante question qui se pose dans ce pourvoi est de savoir si une personne qui achète une drogue contrôlée, par exemple de la méthamphetamine, peut être déclarée coupable de complot avec le vendeur en vue de faire le trafic de cette drogue, pour le seul motif qu'elle convient d'acheter ou de se faire livrer la drogue par le vendeur. L'importance de cette question réside dans le fait que l'achat ou la possession d'une drogue contrôlée n'est pas une infraction. L'infraction, c'est d'en avoir en sa possession dans le but d'en faire le trafic. Dans ce pourvoi, le substitut du procureur général a clairement indiqué qu'il ne soutenait pas que le prétendu complot résultait d'un accord entre le vendeur et le prévenu (l'acheteur) de se procurer

faced with is the resort—apparently for the first time since we are told that there are no reported cases of a similar kind—to a charge of conspiracy against a buyer who could not be charged with unlawful purchase nor with unlawful possession because neither of these is an offence.

The accused was acquitted at trial, and I shall refer later to the trial judge's findings of fact. They are important because on a Crown appeal against acquittal the Crown is limited to questions of law only: see *Criminal Code*, s. 605(1)(a). Needless to say, any further appeal to this Court can only be on a question of law, whether the appeal be by the Crown or by an accused: see ss. 618, 621. The Crown in the present case appealed the acquittal and the Ontario Court of Appeal, in reasons by Dubin J.A., set it aside and entered a conviction. The result is, on the view taken by the Ontario Court of Appeal, and this was the Crown's position in argument before this Court, that any purchaser of a controlled drug, perhaps a school boy, is party to a conspiracy to traffic in that drug, regardless of the quantity sold, and becomes liable, if prosecuted by indictment, to a penalty of imprisonment of up to ten years: see *Criminal Code*, s. 423(1)(d) and *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 34(3). I repeat that he cannot be prosecuted for mere purchase nor for mere possession. The laying of a charge of conspiracy in such circumstances seems to be an abuse if not also a distortion of the concept of conspiracy in our law.

It is said, however, that the result aforesaid inexorably follows from the definition of "traffic" in s. 33 of the *Food and Drugs Act*, this provision being in Part III of the Act entitled "Controlled Drugs". The definition is as follows:

"traffic" means to manufacture, sell, export from or import into Canada, transport or deliver, otherwise than under the authority of this Part or the regulations.

la drogue dans le but de la revendre. Pour la première fois apparemment—puisqu'on nous dit qu'aucun cas similaire n'a été publié—nous sommes saisis d'une affaire où l'on a recours à une accusation de complot contre un acheteur qui ne peut pas être accusé d'achat illégal ni de possession illégale, parce que ni l'un ni l'autre ne constitue une infraction.

Le prévenu a été acquitté en première instance et je reviendrai plus tard sur les conclusions du juge du procès sur les faits. Elles sont importantes parce qu'un appel du ministère public, contre un acquittement, est limité à des questions de droit (voir *Code criminel*, art. 605(1)a)). Il va sans dire qu'un pourvoi ultérieur devant cette Cour ne peut être interjeté que sur une question de droit, qu'il s'agisse d'un pourvoi du ministère public ou du prévenu (voir art. 618 et 621). En l'espèce, le ministère public a interjeté appel de l'acquittement et la Cour d'appel de l'Ontario, dont les motifs ont été rédigés par le juge Dubin, a infirmé l'acquittement et inscrit une déclaration de culpabilité. En conséquence, selon l'opinion exprimée par la Cour d'appel de l'Ontario et la plaidoirie du ministère public devant cette Cour, n'importe quel acheteur d'une drogue contrôlée, fût-il un écolier, serait partie à un complot de faire le trafic de cette drogue, quelle que soit la quantité vendue, et, en cas de poursuite par voie de mise en accusation, il serait passible d'une peine d'emprisonnement allant jusqu'à dix ans: voir *Code criminel*, art. 423(1)d), et *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, c. F-27, art. 34(3). Je répète qu'il ne peut pas être poursuivi pour le simple achat ou la simple possession. L'accusation de complot dans de telles circonstances me paraît être un abus sinon une déformation de la notion de complot dans notre droit.

On dit toutefois que ce résultat découle inexorablement de la définition de «trafiquer» ou «faire le trafic» à l'art. 33 de la *Loi des aliments et drogues*, définitions que l'on trouve à la Partie III de la Loi, intitulée «Drogues contrôlées». La définition est la suivante:

«trafiquer» ou «faire le trafic» signifie le fait de fabriquer, vendre, exporter du Canada ou importer au Canada, transporter ou livrer, autrement que sous l'autorité de la présente Partie ou des règlements.

This definition must be amplified by importing into it the definition of "sell", found in s. 2 of the Act; it is defined to include

sell, offer for sale, expose for sale, have in possession for sale, and distribute.

Applying the law as reflected in the judgment of the Ontario Court of Appeal, and in the Crown's argument before us, an accepted offer to sell a controlled drug makes the offeree liable, without more, to a conviction of conspiracy to traffic in that drug.

The trial judge made certain findings of fact, and I quote from his reasons:

The agreement to purchase that drug by the accused, Sokoloski, was not an unlawful act as far as he was concerned, I cannot find that there was an agreement between the accused, Davis, and the accused Sokoloski, that they would transport or deliver the Methamphetamine or that they would sell it. Certainly, the accused, Sokoloski, appreciated that the accused, Davis, would have to transport and deliver the drugs to carry out their agreement and by agreeing to purchase that drug, he may well have furthered the transporting and delivering but in my view, those acts would, at most, constitute aiding and abetting. From those acts, I cannot draw an inference of agreement to transport and deliver made by both of the accused before the Court.

I would be prepared to find that the accused, Sokoloski, agreed to buy Methamphetamine and I would be prepared to find that he bought it for the purpose of resale in view of the substantial amount that he was purchasing and in view of the evidence that such an amount would be sufficient to constitute at least four hundred dime bags, that these dime bags being the usual small amounts which, on the evidence, I find was sold by a seller of drugs. But I am unable to find that the accused, Davis, agreed to such a resale of the drugs although he may well have known that in all probability that was the reason for the purchase.

What I have been saying, in greater detail, is aptly reflected in the foregoing quoted reasons of the trial judge. His findings are findings of fact, and I do not think that there is any opening for saying that he has made errors in law because of any inferences he drew from the facts as found: see

Cette définition doit être complétée par celle du verbe «vendre» à l'art. 2 de la Loi, qui comprend:

vendre, offrir en vente, exposer en vente, avoir en possession pour la vente et distribuer.

Si l'on s'en tient à l'interprétation résultant de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de la plaidoirie du ministère public devant cette Cour, le seul fait d'accepter une offre de vendre une drogue contrôlée rend l'acceptant passible d'une condamnation pour complot de faire le trafic de cette drogue.

Le juge de première instance a tiré certaines conclusions de fait et je cite ses motifs:

[TRADUCTION] En acceptant d'acheter cette drogue, le prévenu Sokoloski n'a pas commis un acte illégal en ce qui le concerne; je ne peux conclure qu'il y avait un accord entre les prévenus Davis et Sokoloski pour transporter ou livrer la méthamphétamine ou pour la vendre. Le prévenu Sokoloski se rendait certainement compte que le prévenu Davis aurait à transporter et livrer la drogue pour exécuter leur accord et, en acceptant d'acheter cette drogue, il a bien pu favoriser le transport et la livraison mais, à mon avis, ces actes constituent, tout au plus, une aide ou un encouragement. Je ne peux pas déduire de ces actes que les deux prévenus devant cette Cour avaient conclu un accord pour transporter et livrer la drogue.

Je suis prêt à conclure que le prévenu Sokoloski a convenu d'acheter la méthamphétamine et qu'il l'a fait dans le but de la revendre, vu la quantité importante qu'il a achetée qui, comme la preuve l'indique, suffirait à faire au moins quatre cents petits sachets; selon la preuve, je conclus que ces sachets représentent l'unité de revente. Je ne puis cependant conclure que le prévenu Davis a consenti à cette revente de la drogue quoiqu'il ait bien pu savoir que c'était là, en toute probabilité, la raison de l'achat.

Cet extrait des motifs du juge de première instance reflète bien, quoique plus brièvement, ce que je viens de dire. Ses conclusions portent sur les faits et je crois qu'il n'y a aucune raison de dire qu'il a commis des erreurs de droit à cause des déductions qu'il en a tirées: voir *Sunbeam Corp. (Canada)*

*Sunbeam Corp. (Canada) Ltd. v. The Queen*¹; *Lampard v. The Queen*². *Ciglen v. The Queen*³ has no application to the present case.

In my opinion, the learned Justice of the Court of Appeal has, in his reasons, based the conviction of conspiracy on the mere consummation of a contract for sale and purchase of controlled drugs, not pointing out that purchase as such is not unlawful and that hence an agreement to purchase is likewise not unlawful. The relevant part of his reasons is as follows:

On the evidence accepted by the trial Judge Sokoloski agreed that Davis at the request of Sokoloski would do that which is prohibited by the provisions of the Food and Drugs Act, and, therefore, the learned trial Judge erred in holding that Sokoloski had not participated in an unlawful act. The trial Judge found that the accused Davis agreed to sell and the accused Sokoloski agreed to buy a prohibited drug, but held that the Crown had failed to prove that there was an agreement between the two that Davis would transport and deliver the drug to Sokoloski. With deference to the learned trial Judge, it is clear that that is the very agreement which the evidence established. He appears to have been of mind that, although he found that Sokoloski was purchasing the drug for the purpose of resale, it was incumbent upon the Crown to establish the offence alleged that Davis had agreed with Sokoloski that Sokoloski would in fact sell the drugs. Although in the circumstances of this case that inference seems to be irresistible, it was not necessary for the Crown in order to prove the case against the accused to prove that fact.

I do not doubt that a person who sells or offers to sell a controlled drug is guilty of the offence of trafficking under s. 34(1) which says, clearly enough, that "no person shall traffic in a controlled drug or any substance represented or held out by him to be a controlled drug". I do not understand, however, how a seller and a buyer can be guilty of conspiracy by the one being willing to sell and the other being willing to buy when it is not an offence to buy, and hence not an offence to agree to buy. There is no agreement here between them to support a charge of conspiracy, although one is likely to be misled by ordinary parlance,

*Ltd. c. La Reine*¹; *Lampard c. La Reine*². L'affaire *Ciglen c. La Reine*³ n'est pas applicable en l'espèce.

A mon avis, le savant juge d'appel a, dans ses motifs, fondé l'inculpation de complot sur la simple exécution d'un contrat de vente et d'achat d'une drogue contrôlée, sans faire ressortir que cet achat, en soi, n'est pas illégal et, qu'en conséquence, la convention d'achat n'est pas illégale non plus. Les parties pertinentes de ses motifs sont les suivantes:

[TRADUCTION] Selon la preuve admise par le juge du procès, Sokoloski a accepté que Davis, à la demande de Sokoloski, agisse en contravention des dispositions de la Loi des aliments et drogues. Par conséquent, le savant juge de première instance a erré en décidant que Sokoloski n'avait pas participé à un acte illégal. Le juge de première instance a conclu que l'accusé Davis avait accepté de vendre et que l'accusé Sokoloski avait accepté d'acheter une drogue prohibée, mais a jugé que le ministère public n'avait pas prouvé qu'ils s'étaient entendus entre eux pour que Davis transporte et livre la drogue à Sokoloski. Avec égards envers le savant juge de première instance, il est clair que c'est exactement l'accord que la preuve a établi. Il semble avoir considéré, après avoir conclu que Sokoloski achetait la drogue dans le but de la revendre, qu'il incombait au ministère public de prouver la prétendue infraction, savoir, le fait que Davis avait convenu avec Sokoloski que ce dernier revendrait effectivement la drogue. Bien que dans les circonstances de l'espèce cette déduction semble irrésistible, il n'était pas nécessaire pour le ministère public de prouver ce fait en vue d'établir la culpabilité du prévenu.

Je ne doute pas qu'une personne qui vend ou offre de vendre une drogue contrôlée soit coupable de l'infraction de trafic en vertu de l'art. 34(1) qui dit clairement que «nul ne peut faire le trafic d'une drogue contrôlée ou d'une substance quelconque qu'il prétend être ou estime une drogue contrôlée». Je ne vois pas comment un vendeur et un acheteur peuvent être coupables d'un complot, du seul fait que l'un d'eux est prêt à vendre et l'autre prêt à acheter, quand acheter n'est pas une infraction et que, par conséquent, ce n'est pas une infraction de consentir à acheter. En l'espèce, il n'y a pas d'accord entre eux qui justifie une accusation de com-

¹ [1969] S.C.R. 221.

² [1969] S.C.R. 373.

³ [1970] S.C.R. 804.

¹ [1969] R.C.S. 221.

² [1969] R.C.S. 373.

³ [1970] R.C.S. 804.

that is, the reference to a seller agreeing to sell and a buyer agreeing to buy. This is merely the indication of contract, and it is a distortion of conspiracy to say that there is an agreement between seller and buyer to sell so as to found a charge of conspiracy to traffic. The agreement between them is simply a reflection of different promises in a bilateral contract; they are not parties to the same promise.

I am of the view that the position is the same with respect to the elements of transport or delivery which are the only other parts of the definition of "traffic" remotely applicable here. Again, it seems to me to be a mistaken proposition to argue, as did Crown counsel, that the accused and the seller conspired to traffic because they "arranged" to have the drug transported or delivered. The introduction of contract language into this case to support a charge as serious as conspiracy is to me very odd. Every contract for the sale of goods can be said to involve delivery in execution of the contract, and if, as in my view is the case, by offering to buy there is no unlawful conspiracy in the act of selling or agreeing to sell, then there is equally no unlawful conspiracy in the delivery of the goods by the seller to the buyer. The delivery by the seller is a normal incident of a sale by him. Certainly, if the buyer himself picked up the goods, e.g. drugs, at the seller's premises, it would be incongruous to urge that this amounts to a conspiracy to traffic, although the pick-up was "arranged" between the parties.

The problem raised in this case is one of a number of related problems arising in the law of criminal conspiracy, problems such as those arising where the consummation of the allegedly illegal design would not result in a known offence (cf. *R. v. Chow Sik Wah and Quon Hong*⁴) or where circumstances attending it indicate that it could not be carried out, this not being, however, a likely

⁴ [1964] 1 C.C.C. 313.

plot, bien qu'on puisse être trompé par le langage courant, savoir qu'un vendeur accepte de vendre et un acheteur accepte d'acheter. Cela indique simplement l'existence d'un contrat. Ce serait fausser la notion de complot que de dire qu'il y a un accord entre vendeur et acheteur pour vendre afin de justifier une accusation de complot en vue de trafiquer. L'accord entre eux reflète simplement des promesses différentes dans un contrat bilatéral; ils ne sont pas partie à la même promesse.

Je suis d'avis que la situation est la même en ce qui concerne la question du transport ou de la livraison qui sont les deux seuls autres éléments de la définition de «trafiquer» qui soient vaguement applicables en l'espèce. A nouveau, j'estime erronée la thèse du ministère public, selon laquelle le prévenu et le vendeur ont comploté de trafiquer parce qu'ils se sont «entendus» pour le transport ou la livraison de la drogue. Je trouve très bizarre l'introduction, en l'espèce, d'expressions propres aux contrats, à l'appui d'une accusation aussi grave que le complot. Toutefois, il va de soi que toute vente de marchandises implique la livraison en exécution de ce contrat et si, comme je le pense, une offre d'achat ne constitue pas une participation à un complot illégal de vendre ou d'accepter de vendre, il n'y a pas non plus de complot illégal dans la livraison des marchandises par le vendeur à l'acheteur. La livraison par le vendeur est un élément normal de la vente. Si l'acheteur lui-même prenait livraison des marchandises, c'est-à-dire de la drogue, chez le vendeur, il serait certainement absurde d'alléguer que cela équivaut à un complot de trafiquer, même si les parties s'étaient entendues pour que l'acheteur aille lui-même chercher la marchandise.

Il s'agit en l'espèce d'un de ces problèmes soulevés par le droit régissant le complot criminel: par exemple, lorsque l'exécution du projet prétendument illégal ne constitue pas une infraction connue (cf. *R. v. Chow Sik Wah et Quon Hong*⁴) ou lorsque les circonstances qui l'entourent indiquent que le projet ne pouvait pas être mis à exécution, ceci n'étant toutefois pas une défense probable

⁴ [1964] 1 C.C.C. 313.

defence (see *R. v. Northern Electric Co.*⁵ at p. 263): see Development Note, *Criminal Conspiracy* (1959), 72 Harv. L. Rev. 920, at p. 944; Goode, *Criminal Conspiracy in Canada* (1975), at pp. 41-46. The immediate one here is of a different order, touching not the position of all parties to an alleged conspiracy but the position of one of them who could not be found guilty of any substantive offence in carrying out the transaction on which the charge of conspiracy is based.

The statutory framework of the present issue suggests very strongly that Parliament was content, having made clear the liability of a seller of a controlled drug, to limit culpability of the buyer to those situations in which his purchase—and here quantity would be relevant—was for resale and thus to punish his possession only in that event. To mount conspiracy against a buyer on the basis of the seller's culpability in selling is, in my opinion, an overreaching of policy, not desirable in the criminal law field when effected by the Courts.

Although there do not appear to be any decisions directly in point in this country, there are conflicting decisions in the United States. *Nigro v. United States*⁶ offers a parallel with the present case because there a charge against a physician for conspiracy with a drug addict to whom he gave numerous prescriptions for drugs was set aside because under the *Anti-Narcotic Act*, which prohibited the sale or the giving away of drugs, except in prescribed situations, the buyer was not guilty of an offence save in circumstances not present in the case. The Court held, accordingly, that since the legislative policy was to leave the buyer unpunishable, the prescribing physician could not be guilty of conspiring with himself. To a different effect are *Vanatta v. United States*⁷ and *May v. United States*⁸, holding that the person not punishable under the statute (in the *Vanatta* case, the buyer of liquor which it was unlawful to sell and in the *May* case, the person giving a bribe to a

⁵ (1955), 111 C.C.C. 241.

⁶ (1941), 117 F. 2d 624.

⁷ (1923), 289 F. 424.

⁸ (1949), 175 F. 2d 994.

(voir *R. v. Northern Electric Co.*⁵ à la p. 263); voir notes explicatives, *Criminal Conspiracy* (1959), 72 Harv. L. Rev. 920, à la p. 944; Goode, *Criminal Conspiracy in Canada* (1975), aux pp. 41 à 46. Le problème immédiat est d'ordre différent; il ne vise pas la situation de toutes les parties à l'égard d'un prétendu complot, mais celle de l'une d'elles qui ne pourrait pas être déclarée coupable d'une infraction existante pour sa participation à l'opération sur laquelle l'accusation de complot est fondée.

Le cadre législatif de la présente affaire suggère fortement que le législateur, ayant clairement déterminé la responsabilité du vendeur d'une drogue contrôlée, s'est contenté de limiter celle de l'acheteur aux situations dans lesquelles son achat—et ici la quantité serait pertinente—est effectué en vue de la revente et ainsi de punir la possession seulement dans ce cas. Accuser de complot un acheteur sur la seule base de la culpabilité du vendeur constitue, à mon avis, un élargissement abusif de cette notion par les tribunaux, ce qui est indésirable en droit pénal.

Il ne semble pas y avoir de décision canadienne traitant directement de cette question, mais on trouve aux États-Unis des jugements contradictoires sur ce point. L'arrêt *Nigro v. United States*⁶ offre des similitudes avec l'espèce présente. Dans cette affaire-là, une accusation portée contre un médecin pour avoir comploté avec un toxicomane, auquel il avait donné de nombreuses prescriptions de drogues, fut rejetée parce qu'en vertu de l'*Anti-Narcotic Act*, qui interdit la vente ou la remise de drogues, sauf dans des situations déterminées, l'acheteur n'est coupable d'une infraction que dans des circonstances absentes en l'espèce. Le tribunal avait, en conséquence, jugé que puisque l'intention du législateur est de laisser l'acheteur impuni, le médecin qui avait prescrit la drogue ne pouvait pas être coupable de complot avec lui-même. Les résultats sont différents dans les arrêts *Vanatta v. United States*⁷ et *May v. United States*⁸, qui ont décidé que la personne non coupable en vertu de la

⁵ (1955), 111 C.C.C. 241.

⁶ (1941), 117 F. 2d 624.

⁷ (1923), 289 F. 424.

⁸ (1949), 175 F. 2d 994.

Congressman in whom it was a crime to receive it) could nonetheless be successfully prosecuted for conspiracy.

The issue is dealt with by Williams, *Criminal Law* (2nd ed. 1961) at pp. 356-357, in terms which commend themselves to me, as follows:

Where a statute refers to a bilateral transaction and makes it a crime in one of the parties to that transaction (e.g., a seller), the courts pass immediately to the conclusion that the other party can be charged as a principal in the second degree. They will not generally construe such a statute as impliedly excluding the guilt of the other party. Thus if a statute makes it an offence for a person to procure carnal connection or to receive a bribe, the person who is procured or who gives the bribe, as the case may be, is convicted as a party to the offence without express words in the statute. So also the two can be convicted of conspiracy to commit the forbidden act. In bigamy, the other party to the bigamous marriage is a principal in the second degree.

It may be thought that this rule is of doubtful policy. In the first place, where the legislature has specified a bilateral transaction and specified it as an offence in one party only, there is a strong argument for saying that the legislature must have intended the other party to go quit. For the concurrence of the two parties must have been present to the mind of the legislature, and the specification of the one should be an implied exclusion of the other. In the second place, to extend the number of accomplices aggravates the difficulty of convicting the principal offender. For (a) these accomplices will be reluctant to testify, (b) they will generally not be compellable to testify, (c) if they do testify, the "accomplice warning" will have to be given to the jury. For these solid reasons, the American Law Institute's Model Penal Code proposes that in such bilateral transactions only the party or parties named by the legislature should be responsible in crime.

The Model Penal Code of the American Law Institute, approved in 1962, provides in s. 2.06(6)(b) that "Unless otherwise provided by the Code or by the law defining the offense a person is not an accomplice in an offense committed by another if the offense is so defined that his conduct is inevitably incident to its commission". It pro-

Loi (dans l'affaire *Vanatta*, l'acheteur de boisson alcoolique dont la vente était illégale et dans l'affaire *May*, la personne donnant un pot-de-vin à un membre du Congrès pour lequel c'était une infraction criminelle de le recevoir) pouvait néanmoins être poursuivie pour complot.

La question est traitée par Williams, *Criminal Law* (2^e éd. 1961) aux pp. 356 et 357, dans les termes suivants que j'approuve:

[TRADUCTION] Quand une loi vise une transaction bilatérale et en fait une infraction pour l'une des parties (par exemple, le vendeur), les tribunaux concluent immédiatement que l'autre partie peut être accusée de complicité. Généralement, ils n'interprètent pas cette loi comme excluant tacitement la culpabilité de l'autre partie. Donc, si une loi considère que c'est une infraction pour une personne de faire du proxénétisme ou de recevoir un pot-de-vin, la personne qui se livre à la prostitution ou celle qui donne un pot-de-vin, selon le cas, est déclarée coupable en tant que partie à l'infraction, sans que cela soit expressément prescrit par la loi. Ainsi, les deux peuvent également être déclarées coupables d'avoir comploté de commettre l'acte défendu. En matière de bigamie, l'autre partie dans le mariage du bigame est complice.

On peut penser que cette règle n'est pas réellement fondée. D'abord, quand le législateur a spécifié qu'une transaction bilatérale précise constitue une infraction pour une partie seulement, il y a de bonnes raisons de croire qu'il a voulu considérer l'autre quitte. L'accord des deux parties devait être présent à l'esprit du législateur et la mention expresse de l'un devrait entraîner l'exclusion sous-entendue de l'autre. Par ailleurs, augmenter le nombre de complices complique l'inculpation de l'auteur principal de l'infraction car, a) ses complices hésiteront à témoigner, b) en général, on ne pourra pas les obliger à témoigner, c) s'ils témoignent il faudra bien avertir le jury que la déposition provient d'un complice. Pour ces raisons sérieuses, l'*American Law Institute's Model Penal Code* propose que dans le cas de tels actes bilatéraux seulement la partie ou les parties nommées par la loi soient tenues responsables de l'infraction.

Le code pénal modèle de l'*American Law Institute*, approuvé en 1962, prévoit à l'art. 2.06(6)(b) que [TRADUCTION] «sauf disposition contraire du Code ou de la loi qui définit l'infraction, une personne n'est pas complice d'une infraction commise par une autre si l'infraction est définie de telle façon que sa conduite est inévitablement

vides further in s. 5.04, dealing with “incapacity, irresponsibility or immunity of party to solicitation or conspiracy”, as follows:

5.04. . . .

(1) Except as provided in Subsection (2) of this Section, it is immaterial to the liability of a person who solicits or conspires with another to commit a crime that:

(a) he or the person whom he solicits or with whom he conspires does not occupy a particular position or have a particular characteristic which is an element of such crime, if he believes that one of them does; or

(b) the person whom he solicits or with whom he conspires is irresponsible or has an immunity to prosecution or conviction for the commission of the crime.

(2) It is a defense to a charge of solicitation or conspiracy to commit a crime that if the criminal object were achieved, the actor would not be guilty of a crime under the law defining the offense or as an accomplice under Section 2.06(5) or 2.06(6)(a) or (b).

The reference in sub. (2) aforesaid to section 2.06(6)(b) is a reference to the type of situation present here.

It is clear to me that the only basis of an unlawful conspiracy would have been by proof of an agreement between the seller Davis and the accused for the resale of the drugs supplied by Davis. It is such an agreement that the trial judge said he could not find and, moreover, counsel for the Crown was explicit that he did not—as, indeed, he could not in view of the adverse finding—rely on it on the argument of this appeal. In view of the fact that there is no offence in buying a controlled drug, but it is an offence to sell one, conspiracy could at best only be charged against the seller and not against the buyer: *cf. R. v. Duguid*⁹. This is not a case where the conduct on which conspiracy is based is itself a crime which, if carried out, would make each of the alleged conspirators liable to conviction apart from conspiracy. Even in such a case, this Court has held that

⁹ (1906), 75 L.J.K.B. 470.

accessoire à la perpétration». De plus, il dispose à l’art. 5.04, traitant d’incapacité, irresponsabilité, ou immunité d’une partie à l’incitation ou au complot», ce qui suit:

[TRADUCTION] 5.04. . . .

(1) Sauf dans les cas prescrits au par. (2) de cet article, on ne peut faire valoir, au regard de la responsabilité de la personne qui incite une autre à commettre une infraction ou complot avec elle de commettre une infraction:

a) qu’elle-même ou la personne qu’elle incite ou avec laquelle elle comploté n’est pas dans une situation particulière qui soit un élément de cette infraction, si elle croit que l’une des deux la possède; ou

b) que la personne qu’elle incite ou avec laquelle elle comploté est irresponsable ou jouit d’une immunité de poursuites ou de condamnation pour la perpétration de l’infraction.

(2) On peut invoquer pour se défendre d’une accusation d’incitation à commettre une infraction criminelle ou de complot dans ce but, le fait que, si le but criminel était atteint, l’auteur ne serait pas coupable d’infraction criminelle en vertu de la loi définissant l’infraction ou de complicité en vertu des articles 2.06(5) ou 2.06(6)a) ou b).

La mention de l’art. 2.06(6)b) au par. (2) précité est du même type que la situation en l’espèce.

Pour moi, il est clair qu’on ne pouvait alléguer le complot illégal qu’en établissant la preuve d’un accord entre le vendeur Davis et l’accusé en vue de la revente de la drogue fournie par le premier. Le juge de première instance a conclu qu’il n’y avait aucun accord de ce genre et, de plus, l’avocat du ministère public a expressément déclaré que dans sa plaidoirie il ne se fondait pas sur l’existence d’un tel accord—il ne le pouvait d’ailleurs pas en raison de la conclusion contraire du juge de première instance. Puisqu’il n’y a pas d’infraction dans le fait d’acheter une drogue contrôlée, mais que c’est une infraction d’en vendre, le complot pourrait, au mieux, être imputé au vendeur et non à l’acheteur: *cf. R. c. Duguid*⁹. Il ne s’agit pas d’un cas où l’acte sur lequel on fonde le complot constitue en soi une infraction criminelle qui, si elle était exécutée, pourrait entraîner la condamnation de

⁹ (1906), 75 L.J.K.B. 470.

neither party to an alleged conspiracy can be convicted of the crime if one does not have the requisite *mens rea* for the substantive offence: *R. v. O'Brien*¹⁰. Although the correctness of this decision has been doubted (see Williams, *Criminal Law* (2nd ed. 1961), at pp. 672-73), it does not call for any re-examination here.

The Ontario Court of Appeal referred in its reasons to *Poitras v. R.*¹¹. Although it was a drug trafficking case, it did not involve a charge of conspiracy and I do not consider it to have any bearing on the present case.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal and restore the judgment of acquittal.

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

MARTLAND J.—The appellant is appealing from the judgment of the Court of Appeal for Ontario which reversed the judgment of the trial judge who had acquitted the appellant on a charge of conspiring with others to traffic in a controlled drug, methamphetamine, contrary to s. 34(1) of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, and s. 423(1)(d) of the *Criminal Code*.

The facts are set out in the reasons for judgment of the Court of Appeal delivered by Dubin J.A. They are as follows:

On or about April 17, 1972, members of the Royal Canadian Mounted Police, together with members of the Hamilton Police Department, took up surveillance of a motor vehicle driven by the accused Davis in company with the said Irene Bojkiwskij. In the course of his being apprehended, Davis was observed passing a white powder substance, which was methamphetamine, to Miss Bojkiwskij, who proceeded to throw the same out the window. Davis and Bojkiwskij were arrested, and the police proceeded to the premises of Davis. A search was conducted and paraphernalia used for trafficking in drugs was found. While the police were in the Davis'

chacune des parties au complot, abstraction faite du complot lui-même dans cette hypothèse, cette Cour a jugé qu'aucune partie à un prétendu complot ne peut être déclarée coupable de l'infraction criminelle si l'une n'a pas l'intention délictueuse qui constitue un élément de l'infraction: *R. c. O'Brien*¹⁰. Même si le bien-fondé de cette décision a été critiqué (voir Williams, *Criminal Law* (2^e éd. 1961), pp. 672 et 673), il n'y a pas lieu de la réexaminer ici.

Dans ses motifs, la Cour d'appel de l'Ontario s'est référée à *Poitras c. La Reine*¹¹. Il s'agissait d'une affaire de trafic de drogues, qui n'avait pas entraîné d'accusation de complot et je considère qu'elle n'a aucune influence en l'espèce.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir le jugement d'acquittal.

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

LE JUGE MARTLAND—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a infirmé la décision du juge de première instance acquittant l'appelant d'une accusation d'avoir comploté avec d'autres de faire le trafic d'une drogue contrôlée, la méthamphétamine, contrairement aux dispositions de l'art. 34(1) de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, c. F-27 et de l'art. 423(1)(d) du *Code criminel*.

Les faits, qui sont exposés dans les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel rendu par le juge Dubin, sont les suivants:

[TRADUCTION] Le 17 avril 1972, ou vers cette date, des membres de la Gendarmerie Royale et de la police de Hamilton prenaient en filature une automobile conduite par le prévenu Davis, qui était accompagné de ladite Irene Bojkiwskij. Pendant l'opération, on remarqua que Davis passait une poudre blanche, de la méthamphétamine, à M^{lle} Bojkiwskij qui la jeta par la fenêtre. Davis et Bojkiwskij furent arrêtés et la police se rendit au domicile de Davis. Pendant la perquisition, l'on trouva des accessoires utilisés pour le trafic de drogues. Pendant que la police se trouvait chez Davis, le téléphone sonna: l'appel provenait de l'accusé Sokoloski.

¹⁰ [1954] S.C.R. 666.

¹¹ [1974] S.C.R. 649.

¹⁰ [1954] R.C.S. 666.

¹¹ [1974] R.C.S. 649.

premises the telephone rang and the accused Sokoloski was on the phone. The officer disguised his voice as that of Davis and a telephone conversation ensued. During the telephone conversation Sokoloski asked the person whom he believed to be Davis, "Did that stuff finally come in?". The police officer advised him that it had and arranged a meeting with Sokoloski to deliver the same to him. It was agreed that Sokoloski would have a cheque for \$1100.00, and the amount of the substance to be purchased was one pound. Sokoloski attended at the place agreed upon at which time he was arrested and had a cheque in his possession payable to the accused Davis for the sum of \$1100.00. Sokoloski was thereupon arrested, taken to the jail and placed in a cell two away from that of Davis. A police officer was put in the cell between them and overheard conversations between Sokoloski and Davis in which Davis reported that he had gone to Toronto to buy the stuff for Sokoloski.

The evidence further disclosed that the drugs would have a resale value of \$9,000.00.

The relevant provisions of the *Food and Drugs Act* are as follows:

2. In this Act

"sell" includes, sell, offer for sale, expose for sale, have in possession for sale, and distribute.

33. In this Part

"Controlled drug" means any drug or other substance included in Schedule G.

"traffic" means to manufacture, sell, export from or import into Canada, transport or deliver, otherwise than under the authority of this Part or the regulations.

34. (1) No person shall traffic in a controlled drug or any substance represented or held out by him to be a controlled drug.

(2) No person shall have in his possession any controlled drug for the purpose of trafficking.

Schedule G

Methamphetamine and its salts.

Section 423(1)(d) of the *Criminal Code* provides that:

423. (1) Except where otherwise expressly provided by law, the following provisions apply in respect of conspiracy, namely,

(d) every one who conspires with any one to commit an indictable offence not provided for in paragraph (a), (b) or (c) is guilty of an indictable offence and is liable to the same punishment as that to which an

Le policier imita la voix de Davis et, pendant la conversation téléphonique qui s'ensuivit, Sokoloski demanda à la personne qu'il croyait être Davis: «Est-ce que la camelote est enfin arrivée?» L'agent de police répondit qu'elle était arrivée et fixa un rendez-vous à Sokoloski pour la lui livrer. Il fut convenu que Sokoloski aurait un chèque de \$1100 pour acheter une livre de la substance. Sokoloski se rendit au lieu convenu et fut appréhendé. On trouva en sa possession un chèque de \$1100, à l'ordre du prévenu Davis. Sokoloski fut alors arrêté, amené en prison et placé dans une cellule séparée par une autre cellule de celle où se trouvait Davis. L'agent de police que l'on avait placé dans la cellule du milieu entendit les conversations entre Sokoloski et Davis, au cours desquelles ce dernier mentionna qu'il s'était rendu à Toronto pour acheter la substance pour Sokoloski.

Par la suite, la preuve révéla que la drogue avait une valeur de revente de \$9,000.

Les dispositions pertinentes de la *Loi des aliments et drogues* sont les suivantes:

2. Dans la présente loi

«vendre» comprend vendre, offrir en vente, exposer en vente, avoir en possession pour la vente et distribuer.

33. Dans la présente Partie

«drogue contrôlée» désigne toute drogue ou autre substance mentionnée à l'annexe G;

«trafiquer» ou «faire le trafic» signifie le fait de fabriquer, vendre, exporter du Canada ou importer au Canada, transporter ou livrer, autrement que sous l'autorité de la présente Partie ou des règlements.

34. (1) Nul ne peut faire le trafic d'une drogue contrôlée ou d'une substance quelconque qu'il prétend être ou estime une drogue contrôlée.

(2) Nul ne peut avoir en sa possession une drogue contrôlée aux fins d'en faire le trafic.

Annexe G

Méthamphétamine et ses sels.

L'article 423(1)(d) du *Code criminel* édicte:

423. (1) Sauf dans les cas où la loi y pourvoit expressément de façon différente, les dispositions suivantes s'appliquent à l'égard des complots savoir:

d) Quiconque complotte avec quelqu'un de commettre un acte criminel que ne vise pas l'alinéa a), b) ou c) est coupable d'un acte criminel et passible de la même

accused who is guilty of that offence would, upon conviction, be liable.

(Paragraphs (a), (b) and (c) are not applicable.)

The trial judge, in his reasons, accepted the evidence of the police officer as to the details of his telephone conversation with the appellant, and also the evidence of the police officer who had heard the conversation in the cell block between the appellant and Davis.

He found that there was an agreement by Davis to sell Methamphetamine to the appellant and an agreement by the appellant to buy it from Davis.

He also stated:

I would be prepared to find that the accused, Sokoloski, agreed to buy Methamphetamine and I would be prepared to find that he bought it for the purpose of resale in view of the substantial amount that he was purchasing and in view of the evidence that such an amount would be sufficient to constitute at least four hundred dime bags, that these dime bags being the usual small amounts which, on the evidence, I find was sold by a seller of drugs. But I am unable to find that the accused, Davis, agreed to such a resale of the drugs although he may well have known that in all probability that was the reason for the purchase.

His decision that a conspiracy between the appellant and Davis had not been proved is based upon his view that it would be necessary for the Crown to establish an agreement between them jointly to traffic in the controlled drug. This is made clear in the following passage from his reasons:

I cannot find that there was an agreement between the accused, Davis, and the accused, Sokoloski, that they would transport or deliver the methamphetamine or that they would sell it.

[The emphasis is mine.]

Similarly, in the passage previously quoted involving the finding that the appellant purchased the drug for resale, he says:

But I am unable to find that the accused, Davis, agreed to such resale of the drugs although he may well have known that in all probability that was the reason for the purchase.

In my opinion it was an error in law to hold that in order to establish a conspiracy, as charged, it

peine que celle dont serait passible, sur déclaration de culpabilité, un prévenu coupable de cette infraction.

(Les alinéas a), b) et c) ne s'appliquent pas.)

Dans ses motifs, le juge de première instance a accepté le témoignage de l'agent de police sur la conversation téléphonique avec l'appelant, de même que celui de l'agent de police qui a entendu, dans la cellule, la conversation entre l'appelant et Davis.

Il a conclu qu'il y avait un accord aux termes duquel Davis convenait de vendre la méthamphetamine à l'appelant et ce dernier de la lui acheter.

Il a aussi déclaré:

[TRADUCTION] Je suis prêt à conclure que le prévenu Sokoloski a convenu d'acheter la méthamphetamine et qu'il l'a fait dans le but de la revendre, vu la quantité importante qu'il a achetée qui, comme la preuve l'indique, suffirait à faire au moins quatre cents petits sachets; selon la preuve, je conclus que ces sachets représentent l'unité de revente. Je ne puis cependant conclure que le prévenu Davis a consenti à cette revente de la drogue, quoiqu'il ait bien pu savoir que c'était là, en toute probabilité, la raison de l'achat.

Il a décidé que l'existence d'un complot entre l'appelant et Davis n'a pas été prouvée. Pour ce faire, il aurait fallu, à son avis, que le ministère public établisse qu'ils avaient conclu un accord pour faire conjointement le trafic de la drogue contrôlée. Ceci ressort clairement du passage suivant de ses motifs:

[TRADUCTION] Je ne peux pas conclure que les prévenus Davis et Sokoloski avaient convenu qu'ils transporteraient ou livreraient la méthamphetamine ou qu'ils la vendraient.

[C'est moi qui souligne.]

De même, dans le passage précité relatif à la conclusion que l'appelant avait acheté la drogue en vue de sa revente, il dit:

[TRADUCTION] Je ne puis cependant conclure que le prévenu Davis a consenti à cette revente de la drogue, quoiqu'il ait bien pu savoir que c'était là, en toute probabilité, la raison de l'achat.

A mon sens, décider que pour établir le complot dont fait mention l'acte d'accusation, il était néces-

was necessary to prove an agreement between the parties jointly to manufacture, sell, transport or deliver a controlled drug, without the requisite authority. The evidence establishes that Davis agreed with the appellant, at the appellant's request, to obtain for him, and to transport and deliver to him a substantial quantity of prohibited drugs. The appellant agreed to pay Davis for these services.

This was a deal for the sale of drugs with a resale value of \$9,000. The purchase by the appellant was not for his own consumption, but, as found by the trial judge, for the purpose of resale, *i.e.* for trafficking. Had the deal been consummated and the drugs received by the appellant, in the light of the trial judge's finding, the appellant would have been in breach of s. 34(2) of the *Food and Drugs Act* by being in possession of prohibited drugs for the purpose of trafficking. In those circumstances what Davis and the appellant were to do constituted trafficking within the meaning of the *Food and Drugs Act*.

In my opinion that agreement constituted a conspiracy to traffic.

I agree with the conclusion stated by Dubin J.A. in the Court of Appeal:

It is clear in my opinion that on the evidence accepted by the trial judge and the facts found by him, the Crown had proved every essential element of a conspiracy between the two to traffic in a controlled drug as defined in the *Food and Drugs Act*.

With great respect for those members of this Court who have taken the contrary view, I do not regard the view expressed by the Court of Appeal in this case as resulting in the proposition that any purchaser of a controlled drug, perhaps a school boy, is party to a conspiracy to traffic in that drug regardless of the quantity sold. The opinion of that Court and my own opinion, as previously expressed, relate to the existence of a conspiracy upon the facts of this case.

For these reasons, and for those stated by the Court of Appeal, I would dismiss this appeal.

saire de prouver un accord entre les parties pour, conjointement, fabriquer, vendre, transporter ou livrer une drogue contrôlée, sans en avoir l'autorisation, constitue une erreur de droit. La preuve établit que Davis a convenu avec l'appellant, à la demande de ce dernier, de lui procurer, de transporter et de livrer une quantité importante de drogues prohibées. l'appellant a accepté de rémunérer Davis pour ces services.

Il s'agit d'un marché pour la vente de drogues ayant une valeur de revente de \$9,000. L'appellant n'a pas acheté la drogue pour sa consommation personnelle mais, comme l'a conclu le premier juge, dans le but de la revendre, c.-à-d. pour trafiquer. Si le marché avait été consommé et si l'appellant avait reçu la drogue, ce dernier, selon les conclusions du juge du procès, aurait violé l'art. 34(2) de la *Loi des aliments et drogues* en étant en possession de drogues prohibées dans le but d'en faire le trafic. Dans ces circonstances, Davis et l'appellant se préparaient donc à faire le trafic de drogues au sens de la *Loi des aliments et drogues*.

A mon avis, cet accord constitue un complot pour trafiquer.

Je souscris à la conclusion formulée par le juge Dubin en Cour d'appel:

[TRADUCTION] A mon avis, il est clair, vu la preuve acceptée par le juge de première instance et ses conclusions sur les faits, que le ministère public a prouvé, à l'égard des deux accusés, l'existence de tous les éléments essentiels d'un complot pour faire le trafic d'une drogue contrôlée, au sens de la *Loi des aliments et drogues*.

Avec égards pour les membres de cette Cour qui ont adopté un point de vue opposé, je ne considère pas que l'opinion exprimée par la Cour d'appel dans cette affaire implique que tout acheteur d'une drogue contrôlée, fût-il un écolier, est partie à un complot de faire le trafic de cette drogue, quelle que soit la quantité vendue. La conclusion de la Cour d'appel et celle que j'ai exprimée précédemment quant à l'existence d'un complot sont fondées sur les faits de l'espèce.

Pour ces motifs et pour ceux énoncés par la Cour d'appel je suis d'avis de rejeter l'appel.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. and JUDSON, SPENCE and DICKSON JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Charles Ryall, Niagara Falls.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN et les juges JUDSON, SPENCE et DICKSON étant dissidents.

Procureur de l'appelant: Charles Ryall, Niagara Falls.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Ottawa.

General Motors of Canada Ltd. (*Defendant*)
Appellant;

and

Pierre Brunet (*Plaintiff*) *Respondent*;

and

**The United Automobile, Aerospace and
Agricultural Implement Workers of America
Local 1163** (*Defendant*) *Mis en cause*.

1975: December 3 and 4; 1976: November 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Labour law — Industrial accident — Lay-off of an injured employee — Damages and reinstatement sought by employee in the Superior Court — Declinatory exception — Rights under the collective agreement — Grievance within the meaning of the Labour Code — Rights capable of being claimed only by grievance procedure — Code of Civil Procedure, art. 167 — Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141, ss. 1(g) 81, 88, 89.

Respondent Brunet was injured in an industrial accident while he was a spot welder in appellant's employ. He filed a grievance following his employer's refusal to assign him to a less strenuous job. Respondent was laid off and received no support from his union. He brought an action against his employer and his union in which he asked the Superior Court to award him damages for lost wages and order that he be reinstated in a position that he could fill. Appellant filed a motion in which it requested the Superior Court to declare that it lacked jurisdiction *ratione materiae*, the matter being within the exclusive jurisdiction of the arbitration board.

The Court of Appeal affirmed the judgment of the Superior Court dismissing this motion on the ground that the matter in dispute could not be considered a grievance within the meaning of the *Labour Code*. Gagnon J.A., dissenting, was of the opinion that there was a disagreement respecting the application of the provisions of the collective agreement to respondent's case, and that he did not have a direct remedy in an ordinary court of law.

Held: The appeal should be allowed.

General Motors of Canada Ltd.
(*Défenderesse*) *Appelante*;

et

Pierre Brunet (*Demandeur*) *Intimé*;

et

**Les Travailleurs unis de l'automobile, de
l'aéronautique, de l'astronautique et des
instruments aratoires d'Amérique, Local
1163** (*Défendeur*) *Mis en cause*.

1975: les 3 et 4 décembre; 1976: le 2 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Accident de travail — Mise à pied d'un employé blessé — Dommages et réintégration demandés par l'employé à la Cour supérieure — Exception déclinatoire — Droits découlant de la convention collective — Grief au sens du Code du travail — Droits ne pouvant être réclamés que par la procédure du grief — Code de procédure civile, art. 167 — Code du travail, S.R.Q. 1964, c. 141, art. 1 g) 81, 88, 89.

L'intimé Brunet fut victime d'un accident de travail alors qu'il était soudeur à l'emploi de l'appelante. Il logea un grief à la suite du refus de son employeur de l'assigner à une tâche moins pénible. L'intimé fut mis à pied et ne reçut aucun appui de son syndicat. Il intenta une action contre son employeur et son syndicat, dans laquelle il demande à la Cour supérieure de lui accorder des dommages pour salaire perdu ainsi que sa réintégration dans une fonction qu'il peut exercer. L'appelante produisit une requête par laquelle elle demande à la Cour supérieure de se déclarer incompétente *ratione materiae*, l'affaire étant du ressort exclusif du tribunal d'arbitrage.

La Cour d'appel a confirmé le jugement de la Cour supérieure qui rejette cette requête pour le motif que la question en litige ne pouvait être considérée comme un grief au sens du *Code du travail*. Le juge Gagnon, dissident, était d'avis qu'il existait une mécontente sur l'application au cas de l'intimé des dispositions de la convention collective et qu'il ne pouvait avoir un recours direct à un tribunal de droit commun.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

It is clear that the collective agreement is the only basis for the rights which plaintiff claims. Reinstatement in employment cannot be obtained under ordinary principles of law, and it is also certain that under those principles an employer is in no way bound to provide to a workman injured in an industrial accident work other than that which he can no longer perform. It is clear that what respondent claims is the application of the provisions of the collective agreement. His dispute with General Motors is thus a grievance within the meaning of the *Labour Code*.

An employee can bring an action to recover unpaid wages only in so far as it is simply a matter of unpaid wages. If there is in fact a dispute over the interpretation or application of the collective agreement, the provision requiring arbitration is a bar to such an action and it must be dismissed. To admit of a right to go to the Superior Court whenever a sum of money is claimed under a collective agreement would make the provision of s. 88 of the *Labour Code* totally ineffective. Moreover, the collective agreement which applies in the case at bar provides that only the Canadian Director of the union or his designated representative can claim recourse to arbitration. This provision is a condition governing the rights which plaintiff seeks to exercise. It would be absolutely contrary to this provision to allow the discharged employee to ask the courts to assume the function of the arbitrator appointed by the agreements, if the union drops the grievance rather than carrying it to arbitration. The situation might be different if the union acted in bad faith, but good faith is to be presumed and there is no allegation of bad faith.

Hamilton Street Railway v. Northcott, [1967] S.C.R. 3, distinguished; *Le Syndicat catholique des Employés de Magasins de Québec v. Cie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206, rev'g. [1958] Que. Q.B. 275; *Close v. Globe & Mail Ltd.* (1966), 60 D.L.R. (2d) 105; *Ford v. Trustees of the Ottawa Civic Hospital*, [1973] 3 O.R. 437, followed; *L'Association des Policiers de Giffard c. La Cité de Giffard*, [1968] Que. Q.B. 863; *Grottoli v. Lock & Son Ltd.* (1963), 39 D.L.R. (2d) 128; *Woods v. Miramichi Hospital* (1966), 59 D.L.R. (2d) 290; *General Truck Drivers Union v. Hoar Transport*, [1969] S.C.R. 634, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec affirming a judgment of Math-

Il est manifeste que la convention collective est le seul fondement des droits auxquels le demandeur prétend. La réintégration dans l'emploi ne saurait s'obtenir en vertu des principes ordinaires du droit et il est également certain qu'en vertu de ces mêmes principes, un employeur n'est aucunement obligé de fournir à l'ouvrier blessé dans un accident du travail une occupation différente de celle à laquelle il est devenu inapte. Il est indubitable que ce que l'intimé réclame, c'est l'application des dispositions de la convention collective. Son différend avec General Motors, est donc un grief au sens du *Code du travail*.

Un salarié ne peut tenter une poursuite en recouvrement de son salaire impayé qu'en autant qu'il s'agit simplement de salaire impayé. S'il y a en réalité un différend sur l'interprétation ou l'application de la convention collective, la disposition qui prescrit le recours à l'arbitrage fait obstacle à la poursuite et celle-ci doit être rejetée. Reconnaître le droit de s'adresser à la Cour supérieure chaque fois que l'on réclame une somme d'argent en vertu d'une convention collective rendrait illusoire la disposition de l'art. 88 du *Code du travail*. De plus, la convention collective qui s'applique en l'espèce prévoit que seul le directeur canadien du syndicat ou son représentant désigné peut réclamer le recours à l'arbitrage. Cette disposition constitue une condition à laquelle sont assujettis les droits que le demandeur veut faire valoir. C'est aller directement à l'encontre de cette disposition que de permettre à l'employé renvoyé de demander aux tribunaux de se substituer à l'arbitre désigné par la convention, si le syndicat laisse tomber le grief au lieu de le pousser jusqu'à l'arbitrage. Il pourrait en être autrement au cas où le syndicat agirait de mauvaise foi, mais la bonne foi se présume et il n'y a pas d'allégation de mauvaise foi.

Distinction faite avec l'arrêt: *Hamilton Street Railway c. Northcott*, [1967] R.C.S. 3; arrêts suivis: *Le Syndicat catholique des Employés de Magasins de Québec c. Cie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206 inf. [1958] B.R. 275; *Close v. Globe & Mail Ltd.* (1966), 60 D.L.R. (2d) 105; *Ford v. Trustees of the Ottawa Civic Hospital*, [1973] 3 O.R. 437; arrêts mentionnés: *L'Association des Policiers de Giffard c. La Cité de Giffard*, [1968] B.R. 863; *Grottoli v. Lock & Son Ltd.* (1963), 39 D.L.R. (2d) 128; *Woods v. Miramichi Hospital* (1966), 59 D.L.R. (2d) 290; *General Truck Drivers Union c. Hoar Transport*, [1969] R.C.S. 634.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec confirmant un juge-

ieu J. of the Superior Court. Appeal allowed.

J. Turgeon, for the appellant.

R. L. Heenan and *G. Dufort*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—This appeal is brought by leave of the Court against a majority decision of the Court of Appeal of Quebec affirming the judgment of the Superior Court dismissing the declinatory exception of appellant (General Motors). At the hearing we pointed out that although the latter gave to the Union notice of this motion in the Superior Court and of its inscription in appeal, it did not implead the Union on the appeal to this Court. In the circumstances, we ordered that the Union be made a party to the appeal as respondent and have the right to file a factum and request a new hearing, which it did not consider expedient to do, being apparently satisfied to rely on its only proceeding in the record, a defence on the merits.

Plaintiff (the respondent in this Court) was employed by General Motors until June 25, 1970, on which day he received a notice of lay-off, of termination of employment as General Motors says in its defence. He was a spot welder on the assembly line when, on April 4, 1968, he injured his right wrist. The next day, he was given light work on small parts away from the assembly line. At the beginning of June he was put back in his job as welder. After an interruption in mid-June, he returned to work in September, but again had to be assigned to light work. In December, having been put back into the position of welder, he left work, and returned on February 3, 1969. On February 26, he left the welding job again while waiting for an operation on his injured wrist. Having undergone the operation in May, plaintiff returned to work on June 2 and was assigned to another welding job, "mig" welding. This work was suitable, he said. When he was assigned to a different job near the end of November, he experienced the same difficulties as in the spot welding position. However, he said it was not until

ment du juge Mathieu de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

J. Turgeon, pour l'appelante.

R. L. Heenan et *G. Dufort*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Le pourvoi est interjeté avec l'autorisation de la Cour contre un arrêt majoritaire de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé le jugement de la Cour supérieure rejetant l'exception déclinatoire de l'appelante («General Motors»). A l'audition nous avons fait observer que si cette dernière avait fait signifier cette requête à la Cour supérieure et son inscription en appel au Syndicat, elle ne l'avait pas mis en cause sur le pourvoi. Dans les circonstances, nous avons ordonné que le Syndicat soit mis en cause comme intimé et ait droit de produire un factum et de demander une nouvelle audition, ce qu'il n'a pas jugé à propos de faire, s'en tenant apparemment à sa seule procédure au dossier, une défense au fond.

Le demandeur (intimé en cette Cour) a été à l'emploi de General Motors jusqu'au 25 juin 1970, jour où il a reçu d'elle un avis de mise à pied, de «cessation d'emploi» dit General Motors dans son plaidoyer. Il était soudeur («spot welder») sur la ligne d'assemblage quand, le 4 avril 1968, il fut blessé au poignet droit. Le lendemain, on lui donna du travail léger sur de petites pièces en dehors de la ligne d'assemblage. Au début de juin on lui fit reprendre son travail de soudeur. Après une interruption survenue à la mi-juin, il le reprit en septembre mais dut encore se faire assigner du travail léger. Au mois de décembre, ayant été remis au poste de soudeur, il quitta le travail pour revenir le 3 février 1969. Le 26 février, il quitta de nouveau le travail de soudeur en attendant une intervention chirurgicale au poignet blessé. L'opération ayant eu lieu en mai, le demandeur revint au travail le 2 juin et on lui assigna un autre travail de soudure («mig welding»). Ce travail lui convenait, dit-il. Un autre travail lui ayant été assigné vers la fin de novembre, il y éprouva les mêmes difficultés que pour celui de soudeur «spot welder». Cependant, ce

January 21, 1970 that he raised a grievance. According to General Motors' statement of defence, the only grievance was dated October 7, 1969. Whatever the case, plaintiff was laid off work on January 23, 1970.

On January 28, 1970, an official of the Workmen's Compensation Commission sent a letter to plaintiff with a copy sent at the same time to General Motors; it read as follows:

[TRANSLATION] This letter is further to the medical examination which you underwent before one of our medical examiners on December 30.

As a result of observations made at this clinical and radiological examination, our doctor believes that a change of work not requiring repeated movement of your wrist would be beneficial. We therefore advise you to speak to your employer and enquire whether it would be possible to find a position suited to your physical condition.

Moreover, it was noted that no compensable partial incapacity resulted from the accident you suffered on April 3, 1968.

If you have suffered a loss of wages in order to attend this examination, please provide us with a certificate to that effect from your employer, giving us your hourly rate and the number of hours lost.

Plaintiff contends that following this letter and a formal demand sent on November 10, 1970, General Motors refused to perform the obligation placed upon it by the collective labour agreement, to assign plaintiff to another job which he could fill, and that for its part, the Automobile Workers Union of which he is a member refused or neglected to support his grievance. The conclusions of the action are that General Motors and the Union be jointly condemned to pay damages which plaintiff says amount to the sum of \$13,178.60 for lost wages, and that moreover General Motors be ordered [TRANSLATION] "to observe the collective agreement signed by it and reinstate plaintiff in a position which he can fill".

On June 23, 1971, several months after filing a defence, General Motors filed a motion in which it

n'est que le 21 janvier 1970 qu'il dit avoir soulevé un grief. D'après la défense de General Motors, le seul grief serait en date du 7 octobre 1969. Quoi qu'il en soit, le demandeur fut mis à pied le 23 janvier 1970.

Le 28 janvier 1970, un fonctionnaire de la Commission des Accidents du Travail a adressé au demandeur une lettre dont copie a été en même temps transmise à General Motors et se lit comme suit:

La présente est pour faire suite à l'examen médical auquel vous vous êtes soumis devant un de nos médecins examinateurs le 30 décembre courant.

A la suite des observations faites au cours de cet examen clinique et radiologique, notre médecin est d'avis qu'un changement de travail ne nécessitant pas de mouvements répétés au niveau de votre poignet droit vous serait avantageux. Nous vous conseillons par conséquent de voir votre employeur afin de vous enquerir si il n'y aurait pas possibilité de trouver un travail adéquat à votre condition physique.

Par ailleurs, il a été constaté qu'il ne résultait aucune incapacité partielle compensable des suites de l'accident que vous avez subi le 3 avril 1968.

Par ailleurs, si vous avez dû subir une perte de salaire pour vous présenter à cet examen, bien vouloir nous fournir une attestation de votre employeur à cet effet, nous démontrant votre taux horaire ainsi que le nombre d'heures perdues.

Le demandeur allègue qu'à la suite de cette lettre et d'une mise en demeure adressée le 10 novembre 1970, General Motors a refusé de remplir l'obligation qui lui incombait en vertu de la convention collective de travail d'affecter le demandeur à un autre travail qu'il pouvait remplir et que de son côté, le Syndicat des Travailleurs dont il était membre, a refusé ou négligé d'appuyer son grief. Les conclusions de la demande sont que General Motors et le Syndicat soient condamnés solidairement à payer les dommages que le demandeur dit s'élever à la somme de \$13,178.60 pour salaire perdu et que, de plus, il soit ordonné à General Motors «de respecter la convention collective par elle signée et ré-intégrer le demandeur à une fonction qu'il peut effectuer».

Plusieurs mois après avoir produit une défense General Motors a, le 23 juin 1971, produit une

requested the Superior Court [TRANSLATION] "to declare that it lacked jurisdiction *rationae materiae* and dismiss plaintiff's action with costs, reserving his rights under the above-mentioned tie agreement, if any". This motion was heard on July 22, 1971, in the presence of counsel for the Union and for the plaintiff. The certification of the Union as the representative of the employees of General Motors was already in the record. The complete text of the collective agreement in both languages was entered by consent. Judgment was reserved and rendered on April 10, 1972, dismissing the motion for reasons the substance of which appears in the following two sentences:

[TRANSLATION] In the case at bar, must we find that there is a grievance within the meaning of the *Labour Code*?

The court is of the opinion that it must not, because plaintiff-respondent claims in his action a sum of money lost for days of work which he could not perform, and he also requests that he be reinstated in his position.

The reasons of the majority on appeal differed little from those of the trial judge, Owen J.A. saying with the concurrence of the Chief Justice:

On the merits the problem submitted for decision by the Superior Court is whether in fact General Motors refused to offer Brunet lighter work and fired him or whether Brunet refused lighter work and left the employ of General Motors voluntarily. This issue is not a grievance under the *Labour Code* in the sense of being a disagreement respecting the interpretation or application of the collective agreement.

On the other hand, the late Gagnon J.A., dissenting, expressed the following opinion:

[TRANSLATION] Respondent has taken action against appellant because, after he requested a job which would be suited to his state of health and physical capabilities, appellant refused to place him in a new position "as it is bound to do by the collective agreement governing relations between the parties". Appellant, maintaining that respondent did not use his right to grieve and that the Superior Court had no jurisdiction, denied the allegations of fact which would open the way to application of the collective agreement. Therefore, in my opinion there

requête par laquelle elle demande à la Cour supérieure de «se déclarer incompétente *rationae materiae*; rejeter l'action du demandeur avec dépens sous réserve de ses droits en vertu de la convention collective susdite, s'il y a lieu». Cette requête a été entendue le 22 juillet 1971, en présence de l'avocat du Syndicat comme de celui du demandeur. L'accréditation du Syndicat comme représentant des salariés de General Motors était déjà au dossier. Le texte complet de la convention collective dans les deux langues a été produit de consentement. Après délibéré, jugement a été rendu le 10 avril 1972 rejetant la requête par des motifs dont l'essentiel tient dans les deux phrases suivantes:

Dans le cas qui nous concerne, devons-nous penser qu'il s'agit d'un grief au sens du *Code du Travail*?

La Cour est d'opinion que non, car le demandeur-intimé dans son action réclame un montant d'argent perdu par des journées de travail qu'il n'a pu exécuter et il demande également à ce qu'il soit réintégré à son travail.

Les motifs de la majorité en appel ne diffèrent guère de ceux du premier juge, le juge Owen disant avec l'accord du Juge en chef:

[TRADUCTION] Quant au fond, la question soumise à la Cour supérieure est de savoir si, en fait, General Motors a refusé d'offrir à Brunet un travail moins pénible et l'a congédié, ou si Brunet a refusé un travail moins pénible et a volontairement quitté son emploi auprès de General Motors. Cette question ne peut être considérée comme un grief au sens du *Code du travail* puisqu'elle ne porte pas sur une mésentente relative à l'interprétation ou à l'application de la convention collective.

Au contraire, le regretté juge Gagnon, dissident, opine:

L'intimé poursuit l'appelante parce que lui ayant demandé un emploi qui serait convenable à son état de santé et ses capacités physiques, l'appelante refuse de l'intégrer à une nouvelle fonction «telle qu'elle est obligée selon la convention collective régissant les relations entre les parties». L'appelante, tout en soutenant que l'intimé ne s'est pas prévalu de son droit de loger un grief et que la Cour supérieure n'a pas juridiction, nie les allégations de fait qui donneraient ouverture à l'application de la convention collective. Il y a donc, à mon

was a disagreement about the application of the provisions of the collective agreement to respondent's case.

It is true that only extracts from the collective agreement were printed in the case, and that the provisions on which respondent bases his right to be assigned to a new job and to be reinstated are not found in these extracts, but respondent himself quite clearly bases his remedy on the collective agreement which must then be interpreted and applied.

I do not want to dwell on a sore point unnecessarily, and I would pay no attention if I thought that respondent had made a mistake, but I observe that he brought an action against his union as well. He alleged that a grievance was filed and taken at least as far as the department head, and that he informed the president of the union of his "intentions to take advantage of the rights conferred on him by the collective agreement", and he brought an action against the union in damages because it refused or neglected to support his grievance. Respondent was right in believing that this was a grievance.

It is therefore beyond the shadow of a doubt the collective agreement alone on which respondent bases his action, and I do not see how he could contend that he was exercising a separate remedy conferred on him by his individual employment contract, nor that he has a direct remedy in an ordinary court of law, because his union, which is his mandatary, did not take his grievance to the subsequent stages of the grievance procedure, including arbitration, provided by the collective agreement.

This reasoning appears to me unassailable. To admit of a right to go to the Superior Court instead of having recourse to arbitration whenever a sum of money is claimed under a collective agreement would make totally ineffective the provision of s. 88 of the *Labour Code*, which reads as follows as amended by s. 28 of c. 48 of the 1969 Statutes:

88. Every grievance shall be submitted to arbitration in the manner provided in the collective agreement if it so provides and the parties abide by it; otherwise it shall be referred to an arbitration officer chosen by the parties or, failing agreement, appointed by the Minister.

As Gagnon J.A. noted, the judgment rendered by this Court in *Hamilton Street Railway v.*

avis, mécontente sur l'application au cas de l'intimé des dispositions de la convention collective.

Il est vrai que l'on n'a reproduit au dossier que des extraits de la convention collective et qu'on ne retrouve pas dans ces extraits les dispositions sur lesquelles l'intimé appuie son droit à l'assignation à une nouvelle tâche et à sa réintégration, mais c'est l'intimé lui-même qui fonde son recours, sans la moindre ambiguïté, sur la convention collective qu'il faudrait donc interpréter et appliquer.

Je ne voudrais pas tourner inutilement le fer dans la plaie et je n'en tiendrais pas compte si je croyais que l'intimé avait fait erreur, mais je constate que celui-ci poursuit en même temps son syndicat. Il allègue qu'un grief a été logé et acheminé au moins jusqu'au surintendant de son département et qu'il a informé le président du syndicat de son «intention de se prévaloir des droits que lui conférait la convention collective» et il recherche l'association en dommages parce qu'elle a refusé ou négligé d'appuyer son grief. L'intimé avait raison de croire qu'il s'agissait bien d'un grief.

C'est donc, sans l'ombre d'un doute, sur la convention collective et uniquement sur elle que l'intimé appuie ses procédures et je ne vois pas comment il pourrait prétendre qu'il exerce un recours distinct qui lui résulterait de son contrat individuel de travail, ni qu'il a un recours direct à un tribunal de droit commun, parce que son syndicat, qui est son mandataire, n'a pas poussé son grief jusqu'aux étapes subséquentes de la procédure de griefs, y compris l'arbitrage, prévues par la convention collective.

Ce dernier raisonnement me paraît inattaquable. Reconnaître le droit de s'adresser à la Cour supérieure au lieu de recourir à l'arbitrage chaque fois que l'on réclame une somme d'argent en vertu d'une convention collective rendrait illusoire la disposition de l'art. 88 du *Code du travail* qui se lit comme suit depuis la modification apportée par l'art. 28 du c. 48 des lois de 1969:

88. Tout grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit et si les parties y donnent suite; sinon il est déferé à un arbitre choisi par les parties ou, à défaut d'accord, nommé par le ministre.

Comme le juge Gagnon le signale, l'arrêt rendu par cette Cour dans *Hamilton Street Railway c.*

*Northcott*¹, does not in any way mean that the pecuniary nature of the decision sought is the determining factor in deciding whether the case is to be dealt with through compulsory arbitration or in the Superior Court. In that case, there had been an arbitration on the interpretation of the collective agreement and it had been decided that the claimants had the right to be paid for at least seventy hours of work in a pay period of fourteen days. The arbitration board had also ruled that the union had the right to have this matter settled. However, the amount payable to each operator as a result had not been fixed. The employer's contention, which was rejected by all courts, was that each operator would have had to file an individual grievance in order to obtain a decision fixing a sum. This is the argument which was unanimously rejected, Judson J. saying (at p. 5):

Both the Division Court and the Court of Appeal have rejected this contention. These men have a point conclusively settled in their favour by the arbitration board. They can go before a court and say, "We are entitled to this money. All that remains is a mere matter of calculation. These are the hours for which we are entitled to be paid—seventy hours minus whatever hours we were paid for and which we actually worked".

It may be seen that what was in fact decided in that case was that one may go to an ordinary law court to obtain a condemnation to pay what was awarded by arbitration, even if the award is made on the dispute without calculating the amount payable. In the case at bar, on the contrary, the Court is being asked to rule on the dispute. It should also be noted that under the *Labour Code*, although the arbitration award is conclusive, this does not make it executory by itself; ss. 89 and 81 read as follows:

89. The arbitration award shall be final and bind the parties. It may be executed in accordance with section 81.

81. The award shall have the effect of a collective agreement signed by the parties.

It may be executed under the authority of a court of competent jurisdiction at the suit of a party who shall

¹ [1967] S.C.R. 3.

*Northcott*¹ ne comporte aucunement que la nature pécuniaire de la décision recherchée soit le facteur déterminant pour décider si le litige est du ressort de l'arbitrage obligatoire ou de la Cour supérieure. Dans cette affaire-là, il y avait eu arbitrage sur l'interprétation de la convention collective et l'arbitre avait statué que les réclamants avaient droit d'être payés pour au moins soixante-dix heures de travail par période de paie de quatorze jours. Le tribunal d'arbitrage avait également statué que le syndicat avait le droit de faire trancher cette question. Cependant, il n'avait pas fixé le montant payable à chaque conducteur en conséquence. La prétention de l'employeur qui a été rejetée par tous les tribunaux, c'était qu'il aurait fallu que chaque conducteur soulève un grief individuel de façon à se faire adjuger une somme déterminée. C'est l'argument qui a été rejeté unanimement, le juge Judson disant (à la p. 5):

[TRADUCTION] La Cour de division et la Cour d'appel ont rejeté cet argument. Forts d'une décision rendue en leur faveur par le tribunal d'arbitrage, ces hommes peuvent se présenter devant un tribunal et dire: «Nous avons droit à cet argent. Il ne reste plus qu'à en déterminer le montant. Voici le nombre d'heures pour lesquelles nous avons droit d'être payés—soixante-dix heures moins le nombre d'heures pour lesquelles nous avons été payés et durant lesquelles nous avons effectivement travaillé».

On voit qu'en réalité ce qui a été décidé là c'est que l'on peut s'adresser au tribunal de droit commun pour obtenir une condamnation à payer ce qui a été adjugé par sentence arbitrale même si la sentence a statué sur le différend sans aller jusqu'à faire le calcul du montant payable. Ici, au contraire, ce que l'on demande au tribunal c'est de statuer sur le différend. Notons d'ailleurs que sous le *Code du travail*, même si la sentence arbitrale est décisive, cela ne la rend pas exécutoire par elle-même, les art. 89 et 81 se lisant comme suit:

89. La sentence arbitrale est finale et lie les parties. Elle peut être exécutée suivant l'article 81.

81. La sentence a l'effet d'une convention collective signée par les parties.

Elle peut être exécutée sous l'autorité d'un tribunal compétent, sur poursuite intentée par une partie,

¹ [1967] R.C.S. 3.

not be obliged to implead the person for whose benefit he is acting.

I do not see how respondent can maintain that his dispute with General Motors is not a grievance within the meaning of the *Labour Code*, which defines this expression as follows (s. 1, para. (g)):

(g) "grievance"—any disagreement respecting the interpretation or application of a collective agreement.

First, it is clear that the collective agreement is the only basis for the rights which plaintiff claims. Reinstatement in employment cannot be obtained under ordinary principles of law, and it is also certain that under those principles an employer is in no way bound to provide to a workman injured in an industrial accident work other than that which he can no longer perform. Therefore, it is solely on the application of the terms of the collective agreement that plaintiff's conclusions are based. The provision at issue is mainly para. 65 (a) of the collective agreement, which is as follows:

(65) (a) Any employee who has been incapacitated at his work by injury or compensable occupational disease, while employed by the Company, will be employed in other work on a job that is operating in the plant which he can do without regard to any seniority provisions of this Agreement, except that such employee may not displace an employee with longer seniority.

Reinstatement in employment is provided for in para. 47 of the collective agreement, which is in of Section VIII, "Grievance Procedure." These provisions of the collective agreement are extremely lengthy. Although attempting to quote only as much as necessary, I must nevertheless reproduce the following pages:

SECTION VIII GRIEVANCE PROCEDURE

(20) All grievance arising between employees and Individual Company shall be dealt with as speedily and effectively as possible by cooperative effort on the part of both the Union and local Management in accordance with the following procedure.

laquelle n'est pas tenue de mettre en cause la personne pour le bénéfice de laquelle elle agit.

Je ne vois pas comment l'intimé peut soutenir que son différend avec General Motors n'est pas un grief au sens du *Code du Travail* qui définit cette expression comme suit (art. 1, par. g)):

g) «grief»—toute mésentente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective;

Tout d'abord, il est manifeste que la convention collective est le seul fondement des droits auxquels le demandeur prétend. La réintégration dans l'emploi ne saurait s'obtenir en vertu des principes ordinaires du droit et il est également certain qu'en vertu de ces mêmes principes, un employeur n'est aucunement obligé de fournir à l'ouvrier blessé dans un accident du travail une occupation différente de celle à laquelle il est devenu inapte. C'est donc uniquement sur l'application des stipulations de la convention collective que les conclusions du demandeur sont basées. Essentiellement, il s'agit du par. 65 (a) de la convention collective dont voici le texte:

(65) (a) Tout employé rendu invalide (à son travail) par suite d'une blessure ou d'une maladie occupationnelle et pouvant faire l'objet d'une réclamation aux termes de la Loi des Accidents du Travail, pendant qu'il est à l'emploi de la compagnie, sera affecté à un autre travail dans un emploi en état d'activité dans l'établissement qu'il peut remplir, sans égard aux dispositions d'ancienneté de cette convention, sauf que tel employé ne pourra prendre la place d'un employé possédant plus d'ancienneté.

Quant au rétablissement dans l'emploi, il est prévu au par. 47 de la convention collective, paragraphe qui fait partie de l'Article VIII «Mode de règlement des griefs». Ces dispositions de la convention collective sont extrêmement longues. Tout en m'efforçant de n'en citer que ce qui est nécessaire, je me vois néanmoins obligé d'en reproduire les pages suivantes:

ARTICLE VIII MODE DE RÈGLEMENT DES GRIEFS

(20) Tous les griefs survenant entre les employés et une compagnie individuelle seront étudiés et réglés aussi rapidement et efficacement que possible, dans un effort commun de collaboration de la part du syndicat et de la direction locale, selon le mode suivant:

Step One (1)

(21) (a) An employee having a grievance or one designated member of a group having a grievance, should first take the grievance up with his Foreman, who will attempt to adjust it.

(b) Any employee may request his Foreman to call his Zone Committeeman to handle a specified grievance with the Foreman. The word "specified" as used in this paragraph is interpreted by the parties hereto to mean an employee is required to "state the nature of his grievance". The Foreman will send for the Zone Committeeman without undue delay and without further discussion of the grievance.

(c) The Committeeman, with or without the employee involved being present, will attempt to adjust the specified grievance with the Foreman before it is given to the Foreman for his written answer.

(d) If the grievance is not adjusted by the Foreman, it shall be reduced to writing on an Employee Grievance Form provided by the Individual Company and signed by the employee involved and one copy shall be given to the Foreman. The Foreman shall give his reply in writing on the Employee Grievance Form to the Zone Committeeman without undue delay but in any event not later than the end of the employee's shift next following that on which the written grievance was received by the employee's Foreman.

Step Two (2)

(22) Where the Union is not represented in the Plant by District Committeemen and the grievance is not adjusted by the Foreman, an appeal may be lodged by the Zone Committeeman within two (2) working days thereafter to the Superintendent or Department Head of the aggrieved employee's department. The Zone Committeeman shall be given an opportunity to discuss the grievance with the Superintendent or Department Head, with or without the employee concerned being present.

The Superintendent or Department Head shall give his decision in writing on the Employee Grievance Form to the Zone Committeeman not later than two (2) working days following the presentation to him of the written grievance.

The Chairman, in accordance with the agreed local practice, may assist a Zone Committeeman at Step Two of the Grievance Procedure.

Étape N° 1

(21) (a) Un employé ayant un grief ou un membre désigné d'un groupe ayant un grief devra d'abord le soumettre à son contremaître, qui s'efforcera de le régler.

(b) Tout employé pourra demander à son contremaître de faire venir son membre de comité syndical de la zone déterminée pour qu'il s'occupe de soumettre un grief déterminé au contremaître. Le mot «déterminé» ainsi qu'il est employé dans ce paragraphe est interprété par les parties aux présentes comme signifiant qu'un employé est requis d'établir la nature de son grief. Le contremaître fera venir le membre de comité syndical de la zone déterminée sans délai injustifiable et sans discuter le grief plus à fond.

(c) Le membre du comité, en présence ou non de l'employé concerné, s'efforcera de régler le grief déterminé avec le contremaître avant qu'il soit présenté au contremaître pour réponse écrite de sa part.

(d) Si le grief n'est pas réglé par le contremaître, il sera consigné par écrit sur une formule de grief d'employé fournie par la compagnie individuelle et signée par l'employé concerné, et un exemplaire du grief sera remis au contremaître. Le contremaître donnera sa réponse par écrit au membre de comité syndical pour la zone déterminée sur la formule de grief d'employé sans délai injustifiable et, à tout événement, au plus tard à la fin de la période de travail de l'employé venant après celle au cours de laquelle le grief écrit aura été reçu par le contremaître de l'employé.

Étape N° 2

(22) Si le syndicat n'est pas représenté à l'établissement par des membres de comité de district et que le grief n'est pas réglé par le contremaître, le membre du comité syndical pour la zone déterminée pourra interjeter appel dans les deux (2) jours ouvrables suivants auprès du surintendant ou du chef du département de l'employé lésé. On donnera au membre du comité syndical pour la zone déterminée l'occasion de discuter le grief avec le surintendant ou le chef de département, en présence ou non de l'employé concerné.

Le surintendant ou le chef de département donnera sa décision par écrit sur la formule de grief d'employé au membre du comité syndical pour la zone déterminée deux (2) jours ouvrables, au plus tard, après que le grief lui aura été soumis par écrit.

Le président (Chairman), conformément à la coutume locale convenue, pourra prêter son concours au membre du comité syndical pour une zone déterminée à l'Étape N° 2 du mode de règlement des griefs.

(23) Where the Union is represented in the plant by District Committeeman and the grievance is not adjusted by the Foreman, he shall without undue delay arrange to have the grievance delivered to the District Committeeman who may lodge an appeal within two (2) working days thereafter to the Superintendent of the aggrieved employee's department. The District Committeeman shall be given an opportunity to discuss the grievance with the Superintendent with or without the Zone Committeeman concerned being present.

The Superintendent shall give his decision in writing on the Employee Grievance Form to the District Committeeman not later than two (2) working days following the completion of such discussion.

Step Three (3)

(24) (a) If the written decision of the Superintendent or Department Head is not satisfactory, the grievance may be referred to the Shop Committee. The Chairman of the Shop Committee or the District Committeeman in the District in which the grievance arose, may then investigate the grievance, in accordance with agreed local practice, in order to discuss the grievance properly if it is to be taken up by the Shop Committee at a meeting with Management. The Shop Committee may within five (5) working days of receipt of the written decision of the Superintendent or Department Head appeal in writing to Management.

Suspension and Discharge Cases

(27) Any employee who is removed from his work to the Foreman's desk; or to an office; or called to an office, for interview concerning discipline, may, if he so desires, request the presence of his Zone Committeeman to represent him during such interview. The Foreman will send for the Zone Committeeman without undue delay and without further discussion of the matter.

(30) (a) Any grievance arising from a suspension or discharge shall be filed with Management through the Shop Committee on an Employee Grievance Form signed by the employee involved within three (3) working days after the suspension or discharge occurred.

(b) Unless there is mutual agreement to do otherwise, the grievance will then be considered by a committee consisting of not more than three (3) local Union committeemen. The committee shall meet with Man-

(23) Si le syndicat est représenté dans l'établissement par des membres de comité de district et que le grief n'a pas été réglé par le contremaître, il prendra des dispositions sans délai injustifiable pour que le grief soit porté à l'attention du membre de comité de district, qui pourra interjeter appel dans les deux (2) jours ouvrables suivants auprès du surintendant de l'employé lésé. On donnera au membre de comité de district l'occasion de discuter le grief avec le surintendant, en présence ou non du membre du comité syndical pour la zone déterminée concerné.

Le surintendant donnera sa décision écrite sur la formule de grief d'employé au membre de comité de district deux (2) jours ouvrables, au plus tard, après la fin de telle discussion.

Étape N° 3

(24) (a) Si la décision écrite du surintendant ou du chef de département n'est pas suffisante, le grief pourra être soumis au Comité syndical. Le président (Chairman) du comité syndical ou le membre de comité du district où le grief se sera produit pourra alors faire enquête sur le grief, suivant la pratique locale convenue, afin d'être en mesure de discuter le grief en connaissance de cause, si celui-ci doit être soumis par le Comité syndical à une réunion avec la direction.

Cas de suspension et de renvoi

(27) Tout employé quittant son travail parce qu'appelé au bureau du contremaître, ou à un bureau quelconque pour une entrevue relative à des mesures disciplinaires pourra, s'il le désire, demander que son membre de comité syndical pour la zone déterminée soit présent pour le représenter durant telle entrevue. Le contremaître fera venir le membre de comité syndical pour la zone déterminée sans délai injustifiable et sans discuter la question à fond.

(30) (a) Tout grief découlant d'une suspension ou d'un renvoi sera déposé auprès de la direction par l'entremise du comité syndical sur une formule de grief d'employé signée par l'employé concerné, dans les trois (3) jours ouvrables suivant tels renvoi ou suspension.

(b) A moins d'entente mutuelle au contraire, le grief sera alors étudié par un comité comprenant au plus trois (3) membres du comité syndical. Le Comité se réunira avec des représentants de la direction à une

agement representatives at a special meeting to be held within two (2) working days after the presentation of such grievance. Management's decision in the matter shall be given in writing to the Chairman of the Shop Committee within two (2) working days after such meeting; however, in event a suspension does not exceed two (2) days or in event the employee involved is notified to return to work before the special grievance meeting can be held under the above procedure, the grievance shall be automatically referred back to Step One.

Step Four (4)

- (31) (a) If the written decision of Management at Step Three is not satisfactory and the Shop Committee believes it has grounds for appeal from such decision, the Chairman of the Shop Committee will give the plant management a written "Notice of Intention to Appeal", on forms supplied by the Company. Thereafter the Chairman or a designated member of the Shop Committee and the Personnel Director or his designated representative will each prepare a complete "Statement of Unadjusted Grievance". Such statement shall include the grievance identification number, and all the facts and circumstances surrounding the grievance.

Arbitration

- (33) Should any grievance fail to be satisfactorily settled under the foregoing provisions of this Section, such grievance may be referred by the Canadian Director or his specified representative to arbitration in the manner and subject to the conditions and provisions hereinafter set out and the decision of the Arbitrator shall be final and binding upon the parties and upon all employees.

General

- (44) Should any employee or the Local Union desire to take advantage of the procedure provided for in this Section for the settlement of grievances, each step in such procedure, up to and including the reference to appoint an Arbitrator, shall be taken by the Local Union within the time limits prescribed herein or the grievance will be deemed to have been finally abandoned, provided, however, that a grievance may be withdrawn from the procedure by mutual agreement without prejudice to either party.
- (45) No claims, including claims for back wages, by an employee covered by this Agreement, or by the Union against the Company or Individual Companies shall

réunion spéciale devant être tenue dans les deux (2) jours ouvrables après la présentation de tel grief. La décision de la direction à ce sujet sera donnée par écrit au président (Chairman) du comité syndical dans les deux (2) jours ouvrables suivant telle réunion; toutefois, si une suspension ne dépasse pas deux (2) jours ou si l'employé concerné est avisé de retourner au travail avant que la réunion spéciale puisse avoir lieu aux termes du mode ci-dessus, le grief sera automatiquement renvoyé à l'Étape N° 1.

Étape N° 4

- (31) (a) Si la décision écrite de la direction à l'Étape N° 3 n'est pas satisfaisante et que le Comité syndical estime qu'il possède des raisons d'en appeler de telle décision, le président (Chairman) du comité syndical donnera à la direction de l'établissement un «Avis d'intention d'interjeter appel» rédigé sur les formules fournies par la compagnie. Par la suite, le président (Chairman) ou un membre désigné du comité syndical et le directeur du personnel ou son représentant désigné prépareront chacun une «Déclaration de grief non réglé». Telle déclaration comportera le numéro d'identification du grief et contiendra tous faits et circonstances entourant le grief.

Arbitrage

- (33) Si un grief quelconque ne peut être réglé de façon satisfaisante aux termes des dispositions précédentes de cet article, tel grief pourra être soumis à l'arbitrage par le directeur canadien ou son représentant désigné, de la façon et sous réserve des conditions et dispositions énoncées ci-après, et la décision de l'arbitre sera finale et liera les parties ainsi que tous les employés.

Divers

- (44) Si un employé ou la Section locale désire se prévaloir de la procédure prévue dans cet article pour le règlement de griefs, chaque étape de telle procédure, jusqu'à et y compris celle où il est question de nommer un arbitre, sera suivie par la Section locale dans les limites de temps prévues aux présentes, à défaut de quoi le grief sera considéré comme ayant été définitivement abandonné, sous réserve cependant qu'un grief pourra être retiré de la procédure par entente mutuelle sans préjudice à l'une ou l'autre des parties.
- (45) Aucune réclamation, y compris les réclamations pour arrérages de salaire, de la part d'un employé relevant de cette convention, ou de la part du syndicat

be valid for a period prior to the date the grievance was first filed in writing, unless the circumstances of the case made it impossible for the employee, or for the Union as the case may be, to know that he, or the Union had grounds for such a claim prior to that date, in which case the claim shall be limited retroactively to a period of sixty (60) days prior to the date the claim was first filed in writing.

- (46) Any time limits fixed by this Section for the taking of any action in connection with a specific written grievance may be extended by written agreement of Management and the Chairman of the Shop Committee.
- (47) Where, under the provisions of this Section, it has been finally established that an employee has been improperly laid or, suspended or discharged, he shall be reinstated without loss of seniority, and the consideration of his grievance shall include the determination of the extent, if any, to which he shall be compensated for lost pay.

I do not find it necessary to consider to what extent the Union may be obliged to take an employee's grievance to the third stage. In any case, para. 31 clearly gives the Union the sole responsibility of deciding whether it will go to the next stage. With respect to recourse to arbitration, the wording is equally clear: the only person who can claim it, according to para. 33, is the Canadian Director or his designated representative. It would be absolutely contrary to these provisions to allow the discharged employee to ask the courts to assume the function of the arbitrator appointed by the agreement, if the Union drops the grievance rather than carrying it to arbitration. The situation might be different if the Union acted in bad faith, but good faith is to be presumed and there is no allegation of bad faith.

It is important to note that the rights which plaintiff wishes to exercise derive exclusively from the agreement. It is to be taken as a whole and it is a part of the bargain between General Motors and the Union that grievances will be handled in the manner provided therein. The provision that it is for the Union to decide whether the grievance will go beyond the third stage, as well as those which

contre la compagnie ou les compagnies individuelles ne sera valable pour une période antérieure à la date à laquelle le grief aura été déposé par écrit pour la première fois, à moins qu'il n'ait été impossible, dans les circonstances, pour l'employé ou pour le syndicat, selon le cas, de savoir que telle réclamation était déjà fondée avant telle date, auquel cas la réclamation sera limitée, pour fins de rétroactivité, à une période de soixante (60) jours avant la date à laquelle la réclamation aura été déposée par écrit pour la première fois.

- (46) Toute limite de temps établie aux termes de cet article pour la prise de dispositions quelconque en rapport avec un grief déterminé présenté par écrit pourra être prolongée par entente écrite entre la direction et le président (Chairman) du comité syndical.
- (47) Si, aux termes des dispositions de cet article, il est définitivement établi qu'un employé a été improprement mis à pied, suspendu ou renvoyé, il sera rétabli dans son emploi sans perte d'ancienneté, et l'étude de son grief comprendra également la détermination de la mesure, s'il y a lieu, dans laquelle il sera remboursé pour perte de salaire.

Il ne me paraît pas nécessaire de rechercher dans quelle mesure le Syndicat peut être obligé de pousser le grief d'un employé jusqu'à la troisième étape. De toute façon, le texte du par. 31 laisse clairement au Syndicat seul le soin de décider s'il passera à l'étape suivante. Quant au recours à l'arbitrage, le texte est également clair: le seul qui, selon le par. 33, puisse le réclamer c'est le directeur canadien ou son représentant désigné. C'est aller directement à l'encontre de ces stipulations que de permettre à l'employé renvoyé de demander aux tribunaux de se substituer à l'arbitre désigné par la convention, si le Syndicat laisse tomber le grief au lieu de le pousser jusqu'à l'arbitrage. Il pourrait en être autrement au cas où le Syndicat agirait de mauvaise foi, mais la bonne foi se présume et il n'y a pas d'allégation de mauvaise foi.

Il importe de souligner que les droits que le demandeur veut faire valoir découlent exclusivement de la convention. Celle-ci forme un tout et c'est une partie du marché entre General Motors et le Syndicat que les griefs seront réglés de la façon qui y est prévue. La stipulation que c'est au Syndicat qu'il appartient de décider si le grief ira au-delà de la troisième étape tout comme celles qui

do not allow a grievance to be filed except within a short period of time after the decision complained of, are conditions governing the rights which plaintiff seeks to exercise. If, instead of saying that these rights can be exercised only through the grievance procedure provided in the agreement, it is held that any employee whose grievance the Union decides to drop may bring an action in the courts, the nature of the contract is radically altered: it is the Court which makes the final decision, instead of the arbitrator chosen by agreement. This is even more serious in that the rights claimed are not those which an employee may claim under ordinary rules of law. Even when there was in issue an ordinary right of an employee, the right to be paid, this Court has held that the provisions of the collective agreement may prevail over it. In *Le Syndicat catholique des Employés de Magasins de Québec v. Cie Paquet Ltée.*², Judson J. said for the majority (at pp. 212 and 214):

The union is, by virtue of its incorporation under the *Professional Syndicates' Act* and its certification under the *Labour Relations Act*, the representative of all the employees in the unit for the purpose of negotiating the labour agreement. There is no room left for private negotiation between employer and employee. Certainly to the extent of the matters covered by the collective agreement, freedom of contract between master and individual servant is abrogated. The collective agreement tells the employer on what terms he must in the future conduct his master and servant relations.

The Union contracts not as agent or mandatary but as an independent contracting party and the contract it makes with the employer binds the employer to regulate his master and servant relations according to the agreed terms.

This decision is important in another respect. As may be seen in the reasons of Pratte J.A. in the Court of Appeal³, (at p. 227), one of the employer's defences was that plaintiff had refused to submit the dispute to arbitration, contrary to a clause of the agreement. The Court of Appeal did not rule on that defence, as it held that the mandatory

ne permettent de faire valoir un grief que dans un court laps de temps après la décision dont on se plaint, constituent des conditions auxquelles sont assujettis les droits que le demandeur veut faire valoir. Si au lieu de dire que ces droits ne peuvent être réclamés que par la procédure de grief prévue à la convention, on admet que tout employé dont le Syndicat décide de laisser tomber le grief peut se pourvoir devant les tribunaux, la nature du contrat se trouve radicalement modifiée: c'est la Cour qui décide en dernier ressort au lieu de l'arbitre convenu. Cela est d'autant plus grave que les droits réclamés ne sont pas de ceux auxquels un salarié peut prétendre en vertu des dispositions ordinaires de la loi. Et cependant, même lorsqu'il s'agissait d'un droit ordinaire du salarié, le droit au salaire, cette Cour a statué que les dispositions de la convention collective peuvent y porter atteinte. Dans *Le Syndicat catholique des Employés de Magasins de Québec c. Cie Paquet Ltée*², le juge Judson a dit au nom de la majorité (aux pp. 212, 214):

[TRADUCTION] En vertu de sa constitution en association aux termes de la *Loi des syndicats professionnels* et de son accréditation aux termes de la *Loi sur les relations ouvrières*, le syndicat est le représentant de tous les employés de l'unité aux fins de la négociation de la convention collective. Les négociations privées entre employeur et employé n'ont plus leur place. Il est certain qu'au regard des matières visées par la convention collective, la liberté contractuelle entre patron et employé individuel est supprimée. La convention collective dicte à l'employeur ce que seront ses futures relations patron-employé.

Le syndicat s'engage par contrat non pas en tant qu'agent ou mandataire mais plutôt en tant que partie contractante indépendante et le contrat qu'il passe avec l'employeur oblige ce dernier à régler ses relations patron-employé suivant ce qui a été convenu.

Cet arrêt est important sous un autre rapport. Comme on peut le voir dans les motifs du juge Pratte en Cour d'appel³ (à la p. 277), l'un des moyens de défense de l'employeur était que le demandeur aurait refusé de soumettre le différend à l'arbitrage au mépris d'une clause de l'entente. La Cour d'appel ne s'était pas prononcée sur ce

² [1959] S.C.R. 206.

³ [1958] Que. Q.B. 275.

² [1959] R.C.S. 206.

³ [1958] B.R. 275.

withholding of union dues was invalid. This Court, on the other hand, held this provision to be valid, and allowed the action without considering it necessary to rule expressly on the question of recourse to arbitration. It seems clear that the defence was not accepted because the dispute did not relate to the interpretation or the application of the agreement, but to its validity, an issue within the jurisdiction of the courts since the law of Quebec at that time did not include a provision conferring on an administrative tribunal the duty of ruling on the validity of the agreement.

This brings me to the submission of counsel for the plaintiff on the interpretation of s. 88 of the *Labour Code*. He noted that the first paragraph of the law of Ontario concerning the compulsory arbitration of grievances under a collective agreement (*The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232, s. 37) reads as follows:

37. (1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration, without stoppage of work, of all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

It may be seen that this text, after mentioning, as in the definition of "grievance" in the *Labour Code*, the "interpretation" and the "application" of the collective agreement, refers to the "administration or alleged violation". It is argued that the matter here is an alleged violation, and therefore is not covered by the Quebec statute. In my opinion, this reasoning is fundamentally unsound. The *Labour Code* is not copied from the Ontario statute or from those of other provinces to the same effect, any more than from the *Canada Labour Code* (R.S.C. 1970, c. L-1) where one reads:

125. (1) Every collective agreement shall contain a provision for final settlement without stoppage of work, by arbitration or otherwise, of all differences between the parties to or persons bound by the agreement or on whose behalf it was entered into, concerning its meaning or violation.

moyen-là ayant statué que la clause de retenue obligatoire de la cotisation syndicale était nulle. Cette Cour ayant, au contraire, jugé la stipulation valide, a accueilli la poursuite sans juger nécessaire de statuer expressément sur cette question du recours à l'arbitrage. Il semble évident que si l'on n'a pas retenu le moyen, c'est que le différend ne portait ni sur l'interprétation, ni sur l'application de la convention, mais bien sur sa validité, question du ressort des tribunaux puisque la loi du Québec à l'époque ne comportait pas de disposition confiant à un tribunal administratif le soin de statuer sur la validité de la convention.

Ceci m'amène à traiter de l'argument formulé par l'avocat du demandeur sur l'interprétation de l'art. 88 du *Code du travail*. Il a signalé que le premier paragraphe de l'article de la loi de l'Ontario concernant l'arbitrage obligatoire des griefs découlant d'une convention collective (*The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232, art. 37) se lit comme suit:

[TRADUCTION] 37. (1) Toute convention collective doit contenir une disposition pour le règlement définitif et obligatoire par arbitrage, sans suspension de travail, de tous différends entre les parties découlant de l'interprétation, l'application, l'administration ou la prétendue violation de la convention, y compris la question de savoir si un point est arbitrable.

On voit que dans ce texte, après la mention comme dans la définition de «grief» au *Code du travail*, de «l'interprétation et l'application» de la convention collective, on trouve «l'administration ou la prétendue violation». Ici, soutient-on, il s'agit de prétendue violation et par conséquent, ce n'est pas visé par le texte québécois. A mon avis, ce raisonnement pêche par la base. Le *Code du travail* n'est pas calqué sur la loi de l'Ontario ni sur celle des autres provinces au même effet, pas plus que sur le *Code canadien du travail* (S.R.C. 1970, c. L-1) où on lit:

125. (1) Toute convention collective doit contenir une disposition pour le règlement définitif, sans suspension de travail, par arbitrage ou autrement, de tous différends entre les parties à la convention ou entre les personnes liées par cette dernière ou au nom de qui la convention a été conclue, concernant le sens ou la violation de la convention.

Is it to be argued that under the federal Code a dispute over the application of a collective agreement does not come within the scope of this provision, because violations only are mentioned? In my opinion, no distinction can be made between a dispute relating to the "application" of an agreement and a dispute relating to its "violation", because these are simply two ways of looking at the same problem. There can be no question of violation of the collective agreement if it has no application. Here, it is clear that what plaintiff claims is the application of the provisions of the collective agreement. If the case were to be dealt with under the federal Code, the reasoning of counsel for the plaintiff would lead him to argue that it is a dispute concerning not the violation of the collective agreement, but its application.

He cited the decision of the Court of Appeal of Quebec in *L'Association des Policiers de Giffard v. La Cité de Giffard*⁴. The case arose out of an arbitration award having the effect of a collective agreement. There was disagreement on the interpretation of this award and its retroactive application. I cannot see how it may have been decided that there was no "disagreement respecting the interpretation or application of a collective agreement", when I read in the reasons (at p. 867):

[TRANSLATION] In opposition to the *interpretation* which I adopt, the city sets out some inconveniences which would result from the retroactive *application* of the clause relating to overtime. If it is correct, the arbitration board was wrong, but there is nothing we can do about it. (Italics mine.)

The Court appears to have relied mainly on the judgment of McRuer J. in *Grottoli v. Lock & Son Ltd.*⁵—a decision which was cited by Judson J. in *Hamilton Street Railway v. Northcott*, cited above—where the dispute had actually been submitted to arbitration. All that was decided by McRuer J. was that nothing prevents an employee from bringing an action to recover unpaid wages. It is now well established that this is true only in so far as it is simply a matter of unpaid wages. If

⁴ [1968] Que. Q.B. 863.

⁵ (1963), 39 D.L.R. (2d) 128.

Va-t-on prétendre que sous le Code fédéral, il faut exclure de la portée de cette disposition un différend sur l'application d'une convention collective, parce qu'on n'y parle que de violation? A mon avis, on ne saurait établir une distinction entre un différend relatif à «l'application» d'une convention et un différend relatif à sa «violation» parce qu'il s'agit simplement de deux façons d'envisager les mêmes problèmes. Il ne peut pas être question de violation de la convention collective si elle est sans application. Ici, il est indubitable que ce que le demandeur réclame c'est l'application des dispositions de la convention collective. Si l'affaire devait être tranchée sous le Code fédéral, le raisonnement de l'avocat du demandeur l'amènerait à soutenir que ce n'est pas un différend concernant la violation de la convention collective, mais son application.

Il a cité l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans *L'Association des Policiers de Giffard c. La Cité de Giffard*⁴. Le litige découlait d'une sentence arbitrale tenant lieu de convention collective. On ne s'entendait pas sur l'interprétation de cette sentence et son application rétroactive. Je ne vois pas comment on a pu statuer qu'il ne s'agissait pas d'une «mésentente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective» quand je lis dans les motifs (à la p. 867):

Pour combattre l'*interprétation* que j'adopte, la cité expose certains inconvénients qui résulteraient de l'*application* rétroactive de la clause relative au temps supplémentaire. Si elle a raison, le conseil d'arbitrage a fait erreur, mais nous n'y pouvons rien. (Les soulignés sont de moi).

On semble s'être fondé essentiellement sur le jugement du juge McRuer dans *Grottoli v. Lock & Son Ltd.*⁵, jugement qui a été cité par le juge Judson dans l'affaire *Hamilton Street Railway c. Northcott* déjà mentionnée et où le différend avait réellement fait l'objet d'un arbitrage. Tout ce que le juge McRuer a décidé c'est que rien n'empêchait un salarié d'intenter une poursuite en recouvrement de son salaire impayé. Il est maintenant bien établi que cela n'est vrai qu'en autant qu'il

⁴ [1968] B.R. 863.

⁵ (1963), 39 D.L.R. (2d) 128.

there is in fact a dispute over the interpretation or application of the collective agreement, the provision requiring arbitration is a bar to such an action and it must be dismissed: *Close v. Globe & Mail Ltd.*⁶, a decision of the Court of Appeal of Ontario. There is also the recent judgment of Lief J. in *Ford v. Trustees of the Ottawa Civic Hospital*⁷, where all the cases are reviewed.

With respect to the decision of the Court of Appeal of New Brunswick in *Woods v. Miramichi Hospital*⁸, it is to be noted that the action was based on plaintiff's allegation that he had been unlawfully dismissed for union activity. Thus the collective agreement was not the real basis of the claim.

Before concluding, I must make the following observations.

It does not appear necessary to consider what recourse an employee would have if the certified union which signed the collective agreement refused in bad faith to submit a grievance and whether there is a distinction to be made depending on the employer's awareness or ignorance of such bad faith. I will only note that, in *General Truck Drivers Union v. Hoar Transport*⁹, this Court held that a failure to act within the time fixed by the collective agreement is fatal to the claim.

Is it to be said that the concluding words of s. 88 of the *Labour Code* then come into operation, requiring the matter to be referred to an arbitration officer chosen by the parties or, failing agreement, appointed by the Minister? The Court was informed at the hearing that the administrative view is that the employer and the Union are the parties to the collective agreement, and as a result an arbitrator will not be named on the request of an employee, but it does not seem that the question has ever been the subject of a judicial decision.

⁶ (1966), 60 D.L.R. (2d) 105.

⁷ [1973] 3 O.R. 437.

⁸ [1966], 59 D.L.R. (2d) 290.

⁹ [1969] S.C.R. 634.

s'agit simplement de salaire impayé. S'il y a en réalité un différend sur l'interprétation ou l'application de la convention collective, la disposition qui prescrit le recours à l'arbitrage fait obstacle à la poursuite et celle-ci doit être rejetée: *Close v. Globe & Mail Ltd.*⁶, arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Il y a également le jugement récent du juge Lief dans *Ford v. Trustees of the Ottawa Civic Hospital*⁷ où il fait une revue de la jurisprudence.

Quant à l'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *Woods v. Miramichi Hospital*⁸, il importe de souligner que la poursuite était fondée sur l'allégation que le demandeur avait été illégalement renvoyé pour activité syndicale. Ce n'est donc pas la convention collective qui était le fondement véritable de la demande.

Avant de conclure, je dois faire les observations suivantes.

Il ne me paraît pas nécessaire de rechercher quel recours un salarié pourrait exercer au cas où le syndicat accrédité, signataire de la convention collective, refuserait de mauvaise foi de faire valoir son grief et s'il y a une distinction à faire selon que l'employeur le sait ou l'ignore. Je note seulement que suivant l'arrêt de cette Cour dans *General Truck Drivers Union c. Hoar Transport*⁹, le défaut d'agir dans le temps fixé par la convention collective est fatal.

Faut-il dire qu'alors entre en jeu la dernière partie de l'art. 88 du *Code du travail* portant que le litige est déféré à un arbitre choisi par les parties ou, à défaut d'accord, nommé par le ministre? On nous a informés à l'audition que l'attitude administrative c'est que l'employeur et le Syndicat sont les parties à la convention collective et par conséquent, l'on refuse de nommer un arbitre sur demande d'un salarié, mais il ne semble pas que le point ait jamais fait l'objet d'une décision judiciaire.

⁶ (1966), 60 D.L.R. (2d) 105.

⁷ [1973] 3 O.R. 437.

⁸ (1966), 59 D.L.R. (2d) 290.

⁹ [1969] R.C.S. 634.

Finally, I incline to the view that General Motors' motion really was an exception to dismiss the action rather than a declinatory exception. This is of no consequence, since art. 167 of the *Code of Civil Procedure* provides that the dismissal of an action may be urged notwithstanding the failure to do so within the time allowed. However, I think it would be reasonable in the circumstances not to condemn plaintiff to pay costs.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgments of the Court of Appeal and of the Superior Court, and dismiss plaintiff's action without costs, reserving to the plaintiff any recourse by arbitration.

Appeal allowed without costs.

Solicitors for the appellant: Buchanan, McAllister, Blakely & Turgeon, Montreal.

Solicitors for the respondent: Johnston, Heenan & Blaikie, Montreal.

Solicitors for the mis en cause: Lévesque & Brodeur, Montreal.

Enfin, j'incline à croire que la requête de General Motors est plutôt une demande de rejet pour cause d'irrecevabilité de la demande qu'une exception déclinatoire. Cela importe peu, vu que l'art. 167 du *Code de procédure civile* décrète que l'irrecevabilité d'une demande n'est pas couverte par le seul défaut de l'opposer dans le délai fixé. Néanmoins, dans les circonstances, je crois qu'il serait raisonnable de ne pas condamner le demandeur aux dépens.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel ainsi que le jugement de la Cour supérieure et de rejeter l'action du demandeur sans dépens sous réserve de tout recours par voie d'arbitrage.

Pourvoi accueilli sans dépens.

Procureurs de l'appelante: Buchanan, McAllister, Blakely & Turgeon, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Johnston, Heenan & Blaikie, Montréal.

Procureurs du mis en cause: Lévesque & Brodeur, Montréal.

**Bank Canadian National and Raynald
Bérubé (Defendants) Appellants;**

and

Paul Gingras (Plaintiff) Respondent.

1976: March 5 and 6; 1977: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Bills of exchange — Cheques — Depositing to personal benefit of president of cheques drawn to the order of the company — Unauthorized endorsements — Fault — Damages equal to amount of cheques — Remedy against the president, the bank and its manager — No remedy against the drawer — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, ss. 10, 51 — Civil Code, art. 1053.

Marcel Desjardins was convicted of depositing to his personal benefit cheques drawn to the order of B/D Construction Limitée, of which he was the president, on the basis of his endorsement alone, which was not legally authorized. The Superior Court also gave judgment for respondent, the trustee in bankruptcy of B/D Construction Limitée, for \$35,338 against Desjardins, the B.C.N. and the branch manager Raynald Bérubé jointly and severally. The present appeal is against a unanimous decision of the Court of Appeal, which affirmed the judgment of the Superior Court convicting appellants of committing a quasi-delict by accepting this procedure without examining it, and without verifying the endorsement before debiting the drawer, the City of Charlesbourg.

Held: The appeal must be dismissed.

By depriving B/D Construction Limitée of money that belonged to it appellants committed a "fault" within the meaning of art. 1053 of the *Civil Code*, and since damage was caused thereby, this fault gives rise to a claim for damages under that article. This is the case which Duff C.J. contemplated in *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. La Banque Canadienne Nationale and the City of Chicoutimi*, [1934] S.C.R. 596. The Bank had been exonerated, however, because its wrongful payment had not caused any damage to the beneficiary, which retained all its remedies against the drawer. In the case at bar the situation is different since the cheques were given for the price of work done by the company, which had regularly received them in payment and could no longer have a remedy against the drawer

**Banque Canadienne Nationale et Raynald
Bérubé (Défendeurs) Appellants;**

et

Paul Gingras (Demandeur) Intimé.

1976: les 5 et 6 mars; 1977: le 25 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Lettres de change — Chèques — Encaissement au profit personnel du président de chèques tirés à l'ordre de la compagnie — Endossements non autorisés — Faute — Dommage égal au montant des chèques — Recours contre le président, la banque et son gérant — Recours non recevable contre le tireur — Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, c. B-5, art. 10, 51 — Code civil, art. 1053.

Marcel Desjardins a été trouvé coupable d'avoir encaissé à son profit personnel des chèques tirés à l'ordre de la compagnie B/D Construction Limitée, dont il était président, sur la foi de son seul endossement qui n'était pas légalement autorisé. La Cour supérieure a également condamné solidairement Desjardins, la B.C.N. et le gérant de la succursale, Raynald Bérubé, à payer \$35,338 à l'intimé, syndic de la faillite de B/D Construction Limitée. Les appellants attaquent par le présent pourvoi l'arrêt unanime de la Cour d'appel qui a confirmé le jugement de la Cour supérieure les trouvant coupables d'avoir commis un quasi-délit en se prêtant à cette procédure sans examen et sans vérification de l'endossement pour débiter le tireur, la Cité de Charlesbourg.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

En privant la compagnie B/D Construction Limitée d'argent qui lui appartenaient, les appelants ont commis une «faute» au sens de l'art. 1053 du *Code civil*, et puisqu'un préjudice en découle, cette faute donne ouverture à une action en dommages-intérêts en vertu de cet article. C'est l'hypothèse qu'envisageait le juge en chef Duff dans *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. c. La Banque Canadienne Nationale et la Ville de Chicoutimi*, [1934] R.C.S. 596. La banque avait cependant été exonérée parce que son paiement fautif n'avait pas causé de dommages au bénéficiaire qui conservait toujours son recours contre le tireur. Dans la présente cause, la situation est différente car les chèques ont été donnés pour le prix de travaux effectués par la compagnie qui les avait régulièrement reçus en paiement.

when the cheques were subsequently fraudulently cashed by its president. The Quebec courts were correct in considering that the only remedy was against the president of the company, and against the bank and its manager who by their fault contributed to his obtaining payment that he was not authorized to obtain.

Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. La Banque Canadienne Nationale and The City of Chicoutimi, [1934] S.C.R. 596, followed; *Banque Canadienne Nationale v. Tremblay* (1938), 64 Que. K.B. 170; *Choinière v. La Banque d'Épargne de la Cité et du District de Montréal*, [1957] Que. Q.B. 467, referred to; *Banque Royale v. Concrete Column Clamps*, [1977] 2 S.C.R. 456, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec affirming the judgment of Deschênes J. of the Superior Court. Appeal dismissed.

Michel Deschamps, for the appellants.

Pierre Jolin, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—The appeal is against a unanimous decision of the Court of Appeal of Quebec which affirmed the judgment of the Superior Court pronounced against the appellants and one Marcel Desjardins.

Deschênes J.A. gave the reasons for the decision:

[TRANSLATION] The Superior Court found that Desjardins had fraudulently diverted to his benefit the proceeds of certain cheques issued to the order of B/D Construction Ltée, of which he was president, and that he achieved his purpose as a result of the carelessness of the B.C.N. and the managers of its branches at St-Pacôme and Ste-Anne-de-la-Pocatière. Besides a personal condemnation of \$81,226.16 against Desjardins, which does not concern us here, the Superior Court gave judgment for Gingras, the trustee in bankruptcy of B/D Construction Ltée, for \$35,338.54 against Desjardins, the B.C.N. and Bérubé jointly and severally, and for \$1,388.90 against Desjardins, the B.C.N. and Morency, also jointly and severally.

Desjardins committed a delict, repeated several times, by converting to his own benefit cheques drawn to the order of B/D Construction Ltée, either by depositing the

Celle-ci ne pouvait plus exercer un recours contre le tireur parce que ces chèques avaient ensuite été frauduleusement encaissés par son président. C'est à bon droit que les tribunaux du Québec ont considéré que le seul recours était contre le président de la compagnie, la banque et le gérant de celle-ci qui ont contribué par leur faute à ce que celui-ci obtienne paiement sans y être autorisé.

Arrêt suivi: *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. c. La Banque Canadienne Nationale et La Ville de Chicoutimi*, [1934] R.C.S. 596; arrêts mentionnés: *Banque Canadienne Nationale c. Tremblay* (1938), 64 B.R. 170; *Choinière c. La Banque d'Épargne de la Cité et du District de Montréal*, [1957] B.R. 467; distinction faite avec l'arrêt *Banque Royale c. Concrete Column Clamps*, [1977] 2 R.C.S. 456.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec confirmant le jugement du juge Deschênes de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

Michel Deschamps, pour les appelants.

Pierre Jolin, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Le pourvoi attaque un arrêt unanime de la Cour d'appel du Québec qui confirme le jugement de la Cour supérieure prononcé contre les appelants et contre un nommé Marcel Desjardins.

Le juge Deschênes, exposant les motifs de l'arrêt, dit:

La Cour supérieure a trouvé que Desjardins avait frauduleusement diverti à son profit le produit de certains chèques émis à l'ordre d'une compagnie: B/D Construction Ltée, dont il était président et qu'il était parvenu à ses fins grâce à l'incurie de la B.C.N. et des gérants de ses succursales de St-Pacôme et de Ste-Anne-de-la-Pocatière. Outre une condamnation personnelle de \$81,226.16 contre Desjardins, qui ne nous intéresse pas ici, la Cour supérieure a rendu jugement en faveur de Gingras, syndic à la faillite de B/D Construction Ltée, pour \$35,338.54 contre Desjardins, la B.C.N. et Bérubé conjointement et solidairement et pour \$1,388.90 contre Desjardins, la B.C.N. et Morency, également conjointement et solidairement.

Desjardins a commis un délit, plusieurs fois répété, en convertissant à son propre bénéfice des chèques tirés à l'ordre de B/D Construction Ltée, soit par un dépôt du

entire amount in his personal account, or by depositing part and making a cash withdrawal of the corresponding amount.

The B.C.N. and its managers committed a quasi-délit by accepting this procedure without examining it, and without verifying the sufficiency of the endorsement on the various negotiable instruments before debiting the drawer, the City of Charlesbourg.

Having rejected a plea of prescription which was not renewed in this Court, Deschênes J.A. continued:

[TRANSLATION] B/D Construction Ltée had no account in the branches of the B.C.N. which Bérubé and Morency managed in St-Pacôme and Ste-Anne-de-la-Pocatière. B/D Construction Ltée did business with the Provincial Bank in St-Jean-Port-Joli.

Neither of the branches of the B.C.N. had a copy of a resolution of B/D Construction Ltée authorizing the signing and endorsement of negotiable instruments.

Nevertheless, the two branches agreed to pay cheques drawn to the order of B/D Construction Ltée solely on the company's endorsement by Marcel Desjardins.

One manager, Bérubé, offered no explanation, and admitted paying \$6,000 in cash on the basis of the initials of a secretary alone.

The other manager, Morency, took refuge in the fact that, for two years, the Provincial Bank had always honoured the cheques of B/D Construction Ltée signed by Marcel Desjardins alone; he had concluded from this that the latter was the authorized signer. However, the evidence disclosed, on examination of hundreds of cheques, that all—save a couple of exceptions—bore two signatures: Marcel Desjardins and Henri Blouin.

A contradiction appeared in the evidence on the question of authorization of the signatures by B/D Construction Ltée for banking purposes. In the minutes of January 19, 1960, there is a resolution (P-11) authorizing Marcel Desjardins and Henri Blouin to sign and endorse negotiable instruments. However, in the Provincial Bank's file, a copy of the same resolution (D-1) authorizes Marcel Desjardins or Henri Blouin.

The trial judge found that the copy D-1 was in error and that the true authorization, requiring two signatures, was contained in the minute P-11. In the light of the evidence, the trial judge was correct. The instruments negotiated by Marcel Desjardins never had a valid endorsement.

montant intégral à son compte personnel, soit par un dépôt partiel accompagné d'un retrait comptant pour le montant correspondant.

La B.C.N. et ses gérants ont commis un quasi-délit en se prêtant à cette procédure sans examen, et sans vérification de la suffisance de l'endossement sur les différents effets de commerce pour ensuite débiter le tireur: la Cité de Charlesbourg.

Ayant écarté un plaidoyer de prescription qui n'a pas été réitéré devant nous, le juge Deschênes poursuit en disant:

B/D Construction Ltée n'avait pas de compte dans les succursales de la B.C.N. que Bérubé et Morency géraient à St-Pacôme et à Ste-Anne-de-la-Pocatière. B/D Construction Ltée faisait affaires avec la Banque Provinciale à St-Jean-Port-Joli.

Ni l'une ni l'autre des succursales de la B.C.N. ne possédait de copie d'une résolution de B/D Construction Ltée autorisant les signatures et endossements des effets de commerce.

Néanmoins, les deux succursales ont accepté de payer des chèques tirés à l'ordre de B/D Construction Ltée, sur vue du seul endossement de la compagnie par Marcel Desjardins.

Le gérant Bérubé n'offre aucune explication et admet la remise de \$6,000 en espèces sur la foi des seules initiales d'une secrétaire.

Quant au gérant Morency, il se retranche derrière le fait que, durant deux ans, la Banque Provinciale aurait toujours honoré les chèques de B/D Construction Ltée signés par Marcel Desjardins seul; il en a tiré la conclusion que celui-ci était le signataire autorisé. Mais la preuve révélera, à l'examen de centaines de chèques, que tous—sauf une couple d'exceptions—portent deux signatures: Marcel Desjardins et Henri Blouin.

Une contradiction s'est révélée dans la preuve au sujet de l'autorisation des signatures par B/D Construction Ltée pour fins bancaires. Au livre des minutes du 19 janvier 1960 apparaît une résolution (P-11) autorisant Marcel Desjardins et Henri Blouin à signer et endosser les effets de commerce. Mais dans le dossier de la Banque Provinciale, la copie de la même résolution (D-1) autorise Marcel Desjardins ou Henri Blouin.

Le premier juge a conclu que la copie D-1 était erronée et que l'autorisation véritable, exigeant deux signatures, était contenue dans la limite P-11. À la lumière de la preuve, le premier juge a raison. Les effets de commerce négociés par Marcel Desjardins à la B.C.N. n'ont jamais porté d'endossement valable.

In any case, this question raised by appellants is academic, since neither of the two managers ever bothered to look into this resolution or was ever familiar with it in either of its versions. They should especially have insisted on doing so, as s. 51 of the *Bills of Exchange Act* takes pains to provide:

51. A signature by procuration operates as notice that the agent has but a limited authority to sign, and the principal is bound by such signature only if the agent in so signing was acting within the actual limits of his authority.

Appellants submitted in their factum (p. 11) "that everyone must bear the risk of signatures which can be verified at the time the instrument is negotiated . . ."; it was precisely the failure to comply with this obligation which brought about appellants' liability: *Banque Canadienne Nationale v. Tremblay*, [1938] Qué. Q.B. 170, and *Choinière v. La Banque d'Épargne de la Cité et du District de Montréal*, [1957] Qué. Q.B. 467.

It is true that in *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. La Banque Canadienne Nationale and The City of Chicoutimi*, [1934] S.C.R. 596, the Bank was exonerated because its wrongful payment had not caused any damage to the beneficiary, and the latter retained all its remedies in payment against the drawer, its debtor (the City of Chicoutimi). Rinfret J. stated, in particular (p. 607):

The appellant might have a claim for certain damages against the respondent, on the ground that, through the latter's negligence, it deprived the appellant of the advantage resulting from the possession of the cheques. But I am in entire agreement with My Lord the Chief Justice that, clearly, the appellant has not the right, which it has attempted to assert, of securing the payment of the amounts represented by the cheques under the guise of a claim for damages, if it still retains its full recourse for the premiums against the city of Chicoutimi. Such however would be the situation if, as the appellant contends, Vézina's endorsements were unauthorized and, consequently, null and void (*Bills of Exchange Act*, ss. 49, 139, 166). Under those circumstances, the appellant's rights against the city of Chicoutimi are still alive and its original cause of action for the premiums is unaffected.

It follows that the appellant's loss, if any, is not the loss it has claimed in the premises and in respect of which the whole trial has been exclusively conducted.

The respondent has a very clear interest in insisting that it should be called upon to account for the

De toute façon, cette question soulevée par les Appellants est académique, vu que ni l'un ni l'autre des deux gérants ne s'est jamais soucié de voir cette résolution et ne l'a jamais connue dans l'une ni dans l'autre de ses rédactions. Or ils auraient dû d'autant plus insister que l'article 51 de la *Loi des lettres de change* prend la peine de stipuler:

«51. Une signature par fondé de pouvoir implique notification que le mandataire n'a qu'une autorisation restreinte de signer, et le mandat n'est lié par cette signature que si le mandataire, en signant ainsi, a agi dans les limites précises de son mandat.»

Les appelants soumettent dans leur factum (page 11) «que chacun doit supporter le risque des signatures qu'il est à même de vérifier au moment où l'effet lui est négocié . . .»; c'est précisément le défaut de se soumettre à cette obligation qui engendre la responsabilité des Appellants: *Banque Canadienne Nationale vs Tremblay*, [1938] B.R. 170, et *Choinière vs La Banque d'Épargne de la Cité et du District de Montréal*, [1957] B.R. 467.

Il est vrai que, dans *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. vs La Banque Canadienne Nationale et The City of Chicoutimi*, [1934] R.C.S. 596, la Banque a été exonérée parce que son paiement fautif n'avait pas causé de dommages au bénéficiaire, que celui-ci conservait toujours son recours en paiement contre le tireur, son débiteur (La Cité de Chicoutimi). Monsieur le juge Rinfret disait particulièrement (p. 607):

[TRADUCTION] «L'appelante peut avoir droit à certains dommages-intérêts à l'encontre de l'intimée pour le motif que la négligence de cette dernière l'a privée de l'avantage résultant de la possession des chèques. Mais je suis complètement d'accord avec le Juge en chef que, clairement, l'appelante n'a pas le droit, qu'elle prétend faire valoir, d'obtenir le paiement des montants représentés par les chèques, sous le couvert d'une action en dommages-intérêts, si elle conserve encore son recours en paiement des primes contre la ville de Chicoutimi. Telle serait toutefois la situation si, comme le prétend l'appelante, les endossements de Vézina n'étaient pas autorisés et étaient, en conséquence, nuls et non avenues. (*Loi sur les lettres de change*, art. 49, 139, 166). Dans ces circonstances, les droits de l'appelante contre la ville de Chicoutimi demeurent et son droit d'action pour les primes reste intact.

Il s'ensuit que la perte de l'appelante, s'il y en a une, n'est pas celle qu'elle a invoquée dans cette affaire et en fonction de laquelle la cause a été exclusivement plaidée.

L'intimée a évidemment tout intérêt à soutenir qu'elle ne doit répondre des chèques en question qu'à la ville

impugned cheques only towards the city of Chicoutimi, out of whose funds the cheques were paid. As between the bank and the city, there may be reasons why the city is precluded from disputing Vézina's authority to cash the cheques and the bank's right to charge them to the city's account. On all those questions, the real debate is between the bank and its customer, not with the appellant.

The action as brought could not be maintained and the appeal must be dismissed with costs.

However, the situation is completely different here. In para. 10 of its amended statement, respondent alleges that appellants, by their fault, deprived B/D Construction Ltée of money which belonged to that company. Thus, the five cheques in question had been issued by the City of Charlesbourg and were debited to it, in turn, by the B.C.N. on which it had drawn them.

This is the case which Duff C.J. contemplated in *Norwich Union (supra)*, at p. 600:

Now, these documents, as already observed, were in the hands of Vézina as agent of the appellants. They were the appellants' property. Unless Vézina had authority, I shall have a word to say about this later, to endorse and deliver them to the bank for deposit to the credit of the account mentioned, he was committing a wrongful act in doing so. The bank, as we shall see, was bound to know this. In such a case, unless the agent possessed such authority, a bank, taking a cheque, marking it paid, treating it in such a way as to make it appear on its face as a cancelled cheque and returning it to the drawer, would *prima facie*, be wrongfully and unlawfully dealing and interfering with the property of the agent's principal; and, therefore, would be committing a 'fault' by 'positive act' within the meaning of art. 1053 C.C.; and if damage was caused thereby such conduct might constitute an actionable wrong under the article.

It is also the situation which arose in the decisions of this Court disposing of *B.C.N. v. Tremblay (supra)* and *Choinière v. La Banque d'Épargne (supra)*.

Appellant's whole argument in this case rests on *Norwich Union*¹, so that the only question to be examined is whether the Quebec courts were correct in making a distinction, as they earlier did in

¹ [1934] S.C.R. 596.

de Chicoutimi dont les fonds ont servi à les payer. Quant aux relations entre la banque et la ville, il peut y avoir des motifs pour lesquels cette dernière est empêchée de contester le droit de Vézina d'encaisser les chèques et le droit de la banque de les imputer au compte de la ville. Sur toutes ces questions, le différend oppose la banque et son client, et non l'appelante.

L'action telle qu'elle a été introduite ne peut pas être accueillie et le pourvoi doit être rejeté avec dépens.»

Mais la situation est toute différente ici. Au paragraphe 10 de sa déclaration amendée, l'intimé allègue que les Appelants ont privé B/D Construction Ltée, par leur faute, d'argents qui appartenaient à cette compagnie. En effet, les cinq chèques en cause avaient été émis par la Cité de Charlesbourg et lui ont été, à tour de rôle, débités par la B.C.N. sur laquelle elle les avait tirés.

C'est l'hypothèse qu'envisageait Monsieur le juge en Chef Duff dans l'affaire *Norwich Union (supra)*, à la p. 600:

[TRADUCTION] «Maintenant, ces documents, comme nous l'avons déjà signalé, étaient entre les mains de Vézina en tant qu'agent de l'appelante. Ils appartenaient à cette dernière. A moins que Vézina ne fût autorisé à les endosser et à les livrer à la banque pour dépôt au crédit du compte mentionné, et j'aurai un mot à dire à ce sujet plus tard, il commettait un acte illicite en le faisant. La banque, comme nous le verrons, était tenue de le savoir. Dans une telle éventualité, si l'agent n'a pas cette autorisation, il semble, à première vue, que la banque, en recevant un chèque, l'estampillant «payé», le traitant comme tel et le retournant au tireur, enfreint à tort et illicitement les droits du commettant de l'agent, et partant, commet une «faute» par «son fait», au sens de l'art. 1053 du Code civil et si un préjudice en découle, une telle conduite peut constituer une faute qui donne ouverture à une action en vertu de l'article.»

C'est également la situation qui se présentait dans les jugements de notre Cour disposant des causes de *B.C.N. vs Tremblay (supra)* et de *Choinière vs La Banque d'Épargne (supra)*.

Toute l'argumentation des appelants en la présente affaire repose sur l'arrêt *Norwich Union*¹ de sorte que l'unique question à résoudre est de savoir si c'est à bon droit que les tribunaux du Québec

¹ [1934] R.C.S. 596.

*Banque Canadienne Nationale v. Tremblay*² and in *Choinière v. La Banque d'Épargne de la Cité et du District de Montréal*³. As we have seen, respondent's action is based solely on a delict committed by the defendant Marcel Desjardins, which consisted of diverting to his benefit sums belonging to B/D Construction Ltée by depositing to his personal benefit cheques made out to the order of the latter, on the basis of his endorsement alone, which was not legally authorized.

Appellants were condemned for having committed a quasi-delict by consenting to this procedure without questioning it. In other words, the Superior Court and the Court of Appeal condemned them for fault under art. 1053 of the *Civil Code*. This method of reasoning appears to me to be entirely in accordance with French authorities on this question. Thus, in *Sirey* 1934.2.127, in the summary of a decision of the Court of Appeal of Douai, one reads:

[TRANSLATION] 1. The banker instructed to pay a crossed cheque made out to a city commits a fault, if he allows this cheque to be endorsed by the mayor of the city, and commits another fault if, having paid this cheque, he credits the amount to the personal account of the mayor of the said city, thus putting the latter in a position to freely use a sum which does not belong to him . . .

The actions which were the subject of the decision in *Norwich Union* were brought against the Bank and the Municipality, which was impleaded. One was an attachment in revendication of a cheque which the Municipality had countermanded. It appears clear to me that the quashing of the attachment of this countermanded cheque has no bearing on the question raised in the case at bar. Moreover, the unanimous decision of the Court was that the appeal should be quashed for want of jurisdiction.

The principal allegations and conclusions of the other action read as follows:

3. On or about the specific dates hereinafter mentioned the Mis-en-Cause, the said City of Chicoutimi, handed to the said P. VEZINA, its then mayor and the local insurance agent of Plaintiff, certain cheques drawn

² (1938), 64 Que. K.B. 170.

³ [1957] Que. Q.B. 467.

ont établi une distinction comme ils l'avaient fait antérieurement dans *Banque Canadienne Nationale c. Tremblay*² et dans *Choinière c. La Banque d'Épargne de la Cité et du district de Montréal*³. Comme on l'a vu, l'action de l'intimé est uniquement fondée sur un délit commis par le défendeur Marcel Desjardins, délit qui a consisté à détourner à son profit des sommes appartenant à B/D Construction Ltée en encaissant à son profit personnel des chèques faits à l'ordre de celle-ci sur la foi de son seul endossement qui n'était pas légalement autorisé.

Quant aux appelants ils ont été condamnés pour avoir commis un quasi-délict en se prêtant à cette procédure sans examen. Autrement dit, la Cour supérieure et la Cour d'appel les a condamnés pour faute en vertu de l'art. 1053 C.c. Cette façon de raisonner me paraît entièrement conforme à la jurisprudence française sur cette question. Ainsi, dans *Sirey* 1934.2.127, on lit au sommaire d'un arrêt de la Cour d'appel de Douai:

1. Le banquier chargé d'encaisser un chèque barré libellé au nom d'une ville commet une faute, s'il admet que ce chèque lui soit endossé par le maire de la ville, et il commet une autre faute si, ayant encaissé ce chèque, il en verse le montant au compte personnel du maire de ladite ville, mettant ainsi celui-ci en situation de se servir librement d'une somme qui ne lui appartient pas . . .

Les poursuites qui ont fait l'objet de l'arrêt *Norwich Union* étaient intentées contre la Banque et la Municipalité qui était mise en cause. L'une était une saisie revendication d'un chèque que la Municipalité avait contremandé. Il me paraît évident que le rejet de cette saisie du chèque contremandé ne touche aucunement la question à trancher en la présente instance. Du reste, la décision unanime de la Cour est à l'effet que le pourvoi doit être cassé faute de juridiction.

Quant à l'autre action, les principales allégations et les conclusions se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 3. Aux dates ci-après mentionnées ou vers ces dates, la mise-en-cause, la ville de Chicoutimi, a remis audit P. VEZINA, alors maire de cette ville et l'agent d'assurance local de la demanderesse,

² (1938), 64 B.R. 170.

³ [1957] B.R. 467.

by the said *Mis-en-Cause*, the City of Chicoutimi, on the Defendant Bank, Chicoutimi Branch, and made payable to Plaintiff as follows:—

(a) Cheque No. 12847 dated Dec. 18, 1930, for \$2,775.29;

(b) Cheque No. 13127 dated March 19, 1931, for \$2,274.66;

(c) Cheque No. 13338 dated May 21, 1931, for \$2,230.19;

4. The said cheques were, on or about the various dates they bear, negotiated by the said P. VEZINA, without any authorization whatsoever from Plaintiff, and said unauthorized endorsement being recognized and accepted by the Defendant Bank which credited Vézina's private account with the proceeds thereof, having appropriated funds of the *Mis-en-Cause*, the City of Chicoutimi, then standing to the credit of the said *Mis-en-Cause* in the Chicoutimi branch of the Defendant Bank, the whole as more fully appears from the said cheques now allegedly cancelled but in the possession of the *Mis-en-Cause*, the City of Chicoutimi, which is hereby called upon to produce same, and Plaintiff further alleges that Defendant Bank acquired no title to the said cheques by the said unauthorized endorsement, which said cheques were and are the property of Plaintiff;

5. To the knowledge of the Defendant Bank, its preposes, agents and representatives, the said P. VEZINA had no authority from Plaintiff to negotiate said cheques and through the fault, negligence, complicity and connivance of the said employees and representatives of the Defendant Bank, acting in the ordinary course of their duties, and for whom said Defendant was responsible, Plaintiff has suffered loss and damage in the aggregate of the sum and total of said cheques, to wit, \$7,380.14 together with legal interest thereon amounting to \$284.31, or a total sum to date of \$7,664.45;

6. Plaintiff under reserve of its rights to claim any additional sums or exercise such further rights as may appear to be due or accruing to it and without waiver of its recourse against the said P. VEZINA or against the *Mis-en-Cause* the City of Chicoutimi, has a right in the premises to claim the aforesaid sums from Defendant;

7. The said P. VEZINA who did his Banking with Defendant, to the knowledge of Defendant, through its agents, preposes and representatives, was in straitened financial circumstances at the time the cheques were negotiated and has since ceased to meet his payments;

certain cheques souscrits en faveur de cette dernière par la mise-en-cause précitée et tirés sur la succursale de Chicoutimi de la banque défenderesse:

a) Chèque n° 12847 en date du 18 décembre 1930, au montant de \$2,775.29;

b) Chèque n° 13127 en date du 19 mars 1931, au montant de \$2,274.66;

c) Chèque n° 13338 en date du 21 mai 1931, au montant de \$2,230.19;

4. A leurs dates respectives, ou vers ces dates, les chèques précités furent négociés par ledit P. VEZINA sans aucune autorisation de la demanderesse, ledit endossement non autorisé ayant été reconnu et accepté par la banque défenderesse qui a crédité de leur produit le compte personnel de Vézina, en les imputant sur les fonds se trouvant alors au crédit de la mise-en-cause à sa succursale de Chicoutimi, le tout comme cela appert des chèques prétendument annulés, mais actuellement en possession de la mise-en-cause, la ville de Chicoutimi, à laquelle les présentes enjoignent de les produire. De plus, la demanderesse prétend que l'endossement non autorisé n'a conféré à la banque défenderesse aucun titre aux chèques, qui étaient et demeurent la propriété de la demanderesse.

5. A la connaissance de la banque défenderesse, de ses préposés, agents et représentants, P. VEZINA n'était pas autorisé par la demanderesse à négocier lesdits chèques et à cause des fautes, négligence, complicité et connivance des employés et représentants précités de la banque défenderesse, agissant dans l'exercice normal de leurs fonctions et dont ladite défenderesse est responsable, la demanderesse a subi une perte et un dommage équivalant au total des chèques précités, c'est-à-dire \$7,380.14, plus les intérêts légaux de \$284.31, soit la somme totale, à ce jour, de \$7,664.45;

6. La demanderesse est fondée à réclamer à la défenderesse le paiement des sommes précitées, sous réserve de tous ses droits à l'égard de toutes sommes additionnelles échues ou à échoir et ce, sans renoncer à son recours contre ledit P. VEZINA ou contre la mise-en-cause, la ville de Chicoutimi;

7. Ledit P. VEZINA, qui traitait ses affaires bancaires avec la défenderesse, à la connaissance de cette dernière, par l'intermédiaire de ses agents, préposés et représentants, avait des embarras financiers au moment où les chèques ont été négociés et a depuis cessé ses paiements;

WHEREFORE Plaintiff prays that the Mis-en-Cause be summoned in order that it may have cognizance of the present action and aforesaid averments, and further prays that it be declared that the said cheques were and are the property of Plaintiff, and that Defendant acquired no title thereto, and furthermore, that Defendant be condemned to pay Plaintiff the aggregate sum of said cheques, with legal interest thereon to date, amounting to \$7,664.45, the whole with interest and costs, including costs of exhibits and travelling expenses of all witnesses, against Defendant, and with said costs against the Mis-en-Cause only in the event of contestation.

It is not easy to discern the precise reason for the dismissal of this second action. In fact, although the judgment was unanimous, different reasons were expressed by Duff C.J., Lamont J. concurring, by Rinfret J., Crocket J. concurring, and by Cannon J. The latter found that Vézina had authority to endorse the cheques. He stated (at p. 608):

I, therefore, agree with the learned trial judge and the Chief Justice of Quebec that, under the circumstances disclosed by the proof, the authority vested in Vézina to collect premiums due to the plaintiff and grant discharges included the right to endorse cheques for the purpose of making the collection of his commission and of the moneys to be remitted to the plaintiff sixty days after the issue of the policies or when the amount due for workmen's compensation premiums would be finally adjusted. When the cheques in question issued, no premiums were actually due by the city of Chicoutimi to the plaintiff, but Vézina secured payments in advance, for his own accommodation and convenience.

The fact that the cheques were issued when there was nothing due to *Norwich Union* was also noted by Duff C.J., but he did not agree that Vézina had the right to endorse them, and as may be seen (at p. 600) in the passage quoted by Deschênes J.A., he expressed the opinion that an action such as the one which this Court must now decide should succeed.

... In such a case, unless the agent possessed such authority, a bank, taking a cheque, marking it paid, treating it in such a way as to make it appear on its face as a cancelled cheque and returning it to the drawer, would, *prima facie*, be wrongfully and unlawfully dealing and interfering with the property of the agent's

Pour ces motifs, la demanderesse requiert que la mise-en-cause soit citée à comparaître en vue de prendre connaissance de la présente action et des susdites allégations et, de plus, demande qu'il soit déclaré que les chèques précités étaient et sont sa propriété et que la défenderesse n'y a acquis aucun titre, elle demande, en outre, que la défenderesse soit condamnée à lui payer \$7,664.45 représentant le montant total desdits chèques majoré des intérêts légaux à ce jour, le tout avec les intérêts et les dépens, y compris le coût des pièces produites et les frais de voyage de tous les témoins; les dépens à la charge de la mise-en-cause seulement en cas de contestation.

Il n'est pas facile de dégager le motif précis du rejet de cette seconde action. En effet, quoique la conclusion soit unanime, des motifs différents ont été exposés par le juge en chef Duff avec l'accord du juge Lamont, par le juge Rinfret avec l'accord du juge Crocket et par le juge Cannon. Ce dernier a conclu que Vézina avait le pouvoir d'endosser les chèques. En effet, il dit (à la p. 608):

[TRADUCTION] En conséquence, je suis d'accord avec le savant juge de première instance et le juge en chef du Québec que, dans les circonstances établies par la preuve, l'autorisation donnée à Vézina de percevoir les primes dues à la demanderesse et d'en donner quittance, comportait le droit d'endosser les chèques dans le but de toucher sa commission et les sommes à être remises à la demanderesse dans les soixante jours suivant l'émission des polices ou quand le montant dû comme primes au titre des accidents de travail serait finalement déterminé. Quand les chèques en question furent émis, aucune prime n'était effectivement due par la ville de Chicoutimi à la demanderesse, mais Vézina réussit à obtenir des paiements anticipés pour sa propre commodité.

Le fait que les chèques ont été émis alors qu'il n'était rien dû à la *Norwich Union* est également souligné par le juge en chef Duff, mais il n'admet pas que Vézina avait le droit de les endosser et comme on le voit (à la p. 600) dans le passage cité par le juge Deschênes, il exprime l'avis qu'une action comme celle dont nous sommes présentement saisis doit réussir.

[TRADUCTION] ... Dans une telle éventualité, si l'agent n'a pas cette autorisation, il semble à première vue que la banque, en recevant un chèque, l'estampillant «payé», le traitant comme tel et le retournant au tireur, enfreint à tort et illicitement les droits du commettant de l'agent et partant, commet une «faute» par «son fait», au sens de

principal; and, therefore, would be committing a "fault" by "positive act" within the meaning of art. 1053 C.C.; and if damage was caused thereby such conduct might constitute an actionable wrong under that article.

He concluded that *Norwich Union's* action must fail because he reached the conclusion that the action was not founded on that basis. He said, at p. 603:

I have, nevertheless, been forced to the conclusion that the appellants are not entitled to succeed on the case advanced by them at the trial, in the Court of King's Bench, and, indeed, here. I shall not elaborate the reasons; the specific rules of the common law under the heading of "conversion" are not, I am satisfied, specifically in force in the province of Quebec under the civil code. I add that qualification, not because of any particular exception in my mind at present, but because in Quebec as in other parts of Canada, there are very considerable fields of law governed by Dominion statutes, or outside the provincial domain, and I wish to avoid pre-judging any question which might arise in respect of transactions in those fields.

Notwithstanding the wide power of amendment vested in us, this is not, I think, a case in which that power could be advantageously used. We could not permit, on the record as it stands, a claim to be advanced on the basis which I have indicated above; . . .

And he concluded (at p. 604):

Art. 1053 C.C., however, does not, apparently, embrace within its ambit the specific doctrines of "conversion" as understood by common lawyers; and, assuming the appellants might, on a case aptly framed and presented, be entitled to recover some substantial sum by way of damages against the bank, still, for the purpose of determining damages, other considerations would come into play, such, for example, as the value of the appellants' rights against the municipality of Chicoutimi.

Rinfret J., with whom Crocket J. concurred, began by noting (at p. 605) that the trial judge and the majority on appeal found that Vézina had the right to endorse the cheques, and added (at p. 605):

The finding is based, as I understand it, not particularly on the interpretation of the contract between Vézina and the appellant, but on the weight of all the circumstances established in evidence. While I feel that due consider-

l'art. 1053 du Code civil et si un préjudice en découle, une telle conduite peut constituer une faute qui donne ouverture à une action en vertu de l'article.

S'il conclut au rejet de l'action de *Norwich Union* c'est parce qu'il en vient à la conclusion que la poursuite n'était pas une action fondée sur cette base-là. Il dit à la p. 603:

[TRADUCTION] J'en suis, néanmoins, venu à la conclusion que l'appelant ne peut avoir gain de cause sur les moyens présentés en première instance, devant la Cour du banc du Roi, ou devant cette Cour. Je ne m'étendrai pas sur les motifs; les règles spécifiques de la *common law* sur la «conversion» ne sont pas, j'en suis convaincu, expressément en vigueur dans la province de Québec sous le régime du Code civil. J'ajoute cette réserve, non pas parce que j'ai présentement à l'esprit quelque exception particulière, mais parce qu'au Québec, de même que dans d'autres parties du Canada, d'importants domaines du droit sont soumis à des lois fédérales, ou ne relèvent pas de la compétence provinciale et j'aimerais éviter de préjuger toute question qui pourrait surgir dans ces domaines.

Nonobstant l'important pouvoir d'amendement dont nous sommes investis, je ne crois pas qu'il s'agisse ici d'un cas où ce pouvoir pourrait être avantageusement utilisé. En l'état actuel du dossier, nous ne pouvons pas accepter qu'une réclamation soit faite sur la base que j'ai indiquée ci-dessus; . . .

Et il conclut (à la p. 604):

Cependant, l'article 1053 du Code civil, ne semble pas embrasser les règles spécifiques de la «conversion», comme elles sont comprises par les juristes de *common law*. Même en supposant que les appelants pourraient, dans une cause convenablement présentée, avoir droit de recouvrer de la banque une somme substantielle à titre de dommages-intérêts, il n'en reste pas moins que, pour fixer ces derniers, d'autres considérations entreraient en jeu, telles, par exemple, la valeur des droits des appelants contre la municipalité de Chicoutimi.

Quant au juge Rinfret avec lequel le juge Crocket est d'accord, il commence par signaler (à la p. 605) que le juge du procès et la majorité en appel ont conclu que Vézina avait le droit d'endosser les chèques, et il ajoute (à la p. 605):

[TRADUCTION] Selon moi, la conclusion ne s'appuie pas particulièrement sur l'interprétation du contrat intervenu entre Vézina et l'appelante, mais sur le poids de toutes les circonstances établies par la preuve. Bien que

ation would have to be given to the concurrent judgments, I fully appreciate the importance of the observations of the Chief Justice on that point and, like him, I think it is sufficient to say that the appeal fails "on the case advanced by the (insurance company) at the trial."

It should be emphasized that actions in conversion are unknown to the law of Quebec (*Corporation Agencies Limited v. Home Bank of Canada*, [1925] S.C.R. 706, at p. 722). It follows that most of the English cases relied on by the appellant have no application here.

Finally he concluded, at p. 607, with the passage quoted by Deschênes J.A., in which, without explicitly stating that he held the endorsements to be authorized, he expressed agreement with the Chief Justice and stated that *Norwich Union* could not, in that case, claim the amount of the cheques as damages.

It follows that the appellant's loss, if any, is not the loss it has claimed in the premises and in respect of which the whole trial has been exclusively conducted.

With respect to a possible remedy against the drawer of the cheques, the situation in the case at bar is quite different from what it was in *Norwich Union*. It must not be forgotten that there, cheques had been issued when no money was due. Moreover, the agent, Vézina, had the right to deduct a commission. He was not a party to the action and it was not shown that he owed the full amount of the cheques.

In the case at bar, action was brought against the person who made the unauthorized endorsements and he was condemned to pay the full amount of the cheques. It is clear that they were given for the price of work done by the company, and that they reached the company. Its president certainly had the right to receive them, although he did not have the power to appropriate them. Therefore, I think that we must conclude that these cheques, for which provision was made, were worth the full amount for which they were issued in the hands of the company. I do not think that the company, which had regularly received them in payment of the debt due to it, could have a remedy against the drawer because these cheques were subsequently fraudulently cashed by its presi-

je considère que les jugements concordants doivent faire l'objet de mûre réflexion, j'apprécie pleinement l'importance des remarques du Juge en chef sur ce point et, comme lui, je crois qu'il suffit de dire que le pourvoi n'est pas bien fondé «sur les moyens présentés au procès par la (compagnie d'assurance).»

Il faut souligner que le droit du Québec ne connaît pas les actions en «conversion», (*Corporation Agencies Limited c. Home Bank of Canada*, [1925] R.C.S. 706, à la p. 722). Il s'ensuit que la plupart des affaires jugées en Angleterre sur lesquelles s'appuient l'appelante n'ont pas d'application en l'espèce.

En définitive il conclut à la p. 607 par le passage cité par le juge Deschênes où, sans déclarer explicitement s'il tient les endossements pour autorisés, il se dit d'accord avec le Juge en chef pour affirmer que *Norwich Union* ne pouvait en l'instance réclamer le montant des chèques à titre de dommages.

[TRADUCTION] Il s'ensuit que la perte de l'appelante, s'il y en a une, n'est pas celle qu'elle a invoquée dans cette affaire et en fonction de laquelle la cause a été exclusivement plaidée.

A l'égard d'un recours possible contre le tireur des chèques, la situation dans la présente cause est bien différente de ce qu'elle était dans l'affaire *Norwich Union*. Il ne faut pas oublier qu'il s'agissait là de chèques émis alors qu'il n'y avait pas de primes dues. De plus, l'agent Vézina avait le droit de retenir une commission. Il n'était pas partie à l'action et il n'était pas démontré qu'il devait le plein montant des chèques.

Dans la présente cause, celui qui a fait les endossements non autorisés a été poursuivi et condamné à payer le plein montant des chèques. Il est clair que ceux-ci ont été donnés pour le prix de travaux effectués par la compagnie et qu'ils lui sont parvenus. En effet, son président avait certainement le droit de les recevoir même s'il n'avait pas le pouvoir de se les approprier. Je crois donc qu'il faut dire que ces chèques pour lesquels il y avait provision valaient, entre les mains de la compagnie, le plein montant pour lequel ils étaient émis. Je ne crois pas que la compagnie qui les avait régulièrement reçus en paiement de la dette qui lui était due, aurait pu exercer un recours contre le tireur parce que ces chèques avaient ensuite été frauduleusement encaissés par son président. La

dent. The situation is not the same as in *Royal Bank v. Concrete Column Clamps*⁴, in which the issue was the remedy of a client against his banker.

In my opinion, in the circumstances of the case at bar, the Quebec courts were correct in considering that the only remedy was against the president, who misappropriated the money, and those who by their fault contributed to the conversion, that is, the manager of the bank and the bank which took the cheques for the personal account of Desjardins and obtained payment of them for him. Moreover, I believe that Deschênes J.A. was correct in holding the bank and its manager to be prohibited from relying on a defence which would reflect back on them. Thus, assuming that respondent could have claimed the amount of the cheques from the municipality which was the drawer, it is clear that the latter would have had a remedy against appellants, as Deschênes J.A. observed:

[TRANSLATION] It is at least doubtful that B/D Construction Ltée could still have a remedy in payment against the City of Charlesbourg, and even then, it would trigger a circuit of actions in guarantee which it is not in the interest of justice to cause, when the whole matter can be dealt with in the direct action before this Court.

In my opinion, in the case at bar, the lower courts did not err in ruling that the company had, by the fault of appellants, suffered damage equal to the amount of the cheques. Having regard to the facts and the nature of the action brought, the application of the principles set out by Duff C.J. in *Norwich Union* leads to the conclusion which the Court of Appeal approved.

Although it is in no way necessary in the case at bar, in view of the basis on which it was brought and decided, I see no reason to refrain from saying that I am not completely sure it was correct to state in *Norwich Union* that the common law rules on conversion could not be applied in Quebec. In fact, not a word was said of s. 10 of the *Bills of Exchange Act*, and no reference to it is to be found in the factums, although appellant's whole argument was based on English cases.

situation n'est pas la même que dans la *Banque Royale c. Concrete Column Clamps*⁴ où il s'agissait du recours du client contre son banquier.

A mon avis, c'est à bon droit que dans les circonstances de la présente affaire, les tribunaux du Québec ont considéré que le seul recours était contre le président dilapidateur et ceux qui par leur faute avaient contribué au détournement savoir, le gérant de banque et la banque qui ont reçu les chèques au bénéfice personnel de Desjardins et en ont obtenu paiement pour lui. De plus, je crois que c'est à bon droit que le juge Deschênes tient la banque et son gérant pour non-recevables à invoquer un moyen qui rejaillirait contre eux. En effet, en supposant que l'intimé aurait pu réclamer le montant des chèques de la municipalité qui en était le tireur, il est évident que celle-ci aurait eu recours contre les appelants, ainsi que le fait observer le juge Deschênes.

Il est pour le moins douteux que B/D Construction Ltée pourrait encore exercer un recours en paiement contre la Cité de Charlesbourg et, même là, elle déclencherait un circuit d'actions en garantie qu'il n'est pas dans l'intérêt de la justice de provoquer alors que tout le litige peut être vidé dans l'action directe dont nous sommes saisis.

A mon avis, dans le cas présent, les tribunaux d'instance inférieure ne se sont pas trompés en statuant que la compagnie avait subi par la faute des appelants un dommage égal au montant des chèques. En regard des faits et de la nature de la poursuite intentée, l'application des principes énoncés par le juge en chef Duff dans *Norwich Union* conduit à la conclusion retenue par l'arrêt de la Cour d'appel.

Bien que cela ne soit aucunement nécessaire en la présente cause vu la base sur laquelle elle a été instruite et jugée, je ne crois pas devoir m'abstenir de dire que je ne suis pas tout à fait sûr que dans *Norwich Union* on ait eu raison d'affirmer que les règles de la *common law* sur la «conversion» ne sauraient s'appliquer au Québec. En effet, on n'a pas dit un mot de l'art. 10 de la *Loi sur les lettres de change* et l'on n'y trouve aucune allusion dans les mémoires des parties quoique toute l'argumentation de l'appelante soit centrée sur des arrêts anglais.

⁴ [1977] 2 S.C.R. 456.

⁴ [1977] 2 R.C.S. 456.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Reinhardt, Deschamps & Lebel, Montreal.

Solicitors for the respondent: Dorion, Dorion, Jolin & Champoux, Quebec.

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Reinhardt, Deschamps & Lebel, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Dorion, Dorion, Jolin & Champoux, Québec.

Her Majesty The Queen (*Defendant*)
Appellant;

and

CAE Industries Ltd., and CAE Aircraft Ltd.
(Plaintiffs) Respondents.

1977: March 8.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Practice — Federal Court — Examination for discovery — Order nominating a Minister of the Crown to be examined — Court Rules applying only to a person who is an officer of the Crown when the discovery is to take place — Resort to provincial practice not allowed — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 46(1)(a) — Federal Court Rules, Rules 5 and 465(1)(c).

APPEAL from an order of the Federal Court¹ nominating the Honourable James A. Richardson to be examined for discovery and reversing the order of Smith D.J. of the Trial Division², who had dismissed the respondents' motion. Appeal allowed.

John Scollin, Q.C., and Glen St. John, for the appellant.

Leon N. Mercury and David G. Hill, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are all of the opinion that the order of the Federal Court of Appeal, nominating the Honourable James A. Richardson to be examined for discovery, should be vacated. Mr. Richardson was a Minister of the Crown when that order was made, but it is common ground and, in any event, a matter of which we take judicial notice that he has ceased to be a Minister. In our view, assuming that a Minister of the

¹ [1977] 1 F.C. 380.

² [1977] 1 F.C. 206.

Sa Majesté La Reine (*Défenderesse*)
Appelante;

et

CAE Industries Ltd., et CAE Aircraft Ltd.
(Demandereses) Intimées.

1977: le 8 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Pratique — Cour fédérale — Interrogatoire préalable — Ordonnance citant un ministre de la Couronne à comparaître — Règles de la Cour ne visant qu'un fonctionnaire en poste au moment de l'interrogatoire — Recours à la pratique en vigueur dans une province non permis — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 46(1)a) — Règles de la Cour fédérale, règles 5 et 465(1)c).

POURVOI à l'encontre d'une ordonnance de la Cour d'appel fédérale¹ citant l'honorable James A. Richardson à comparaître à un interrogatoire au préalable et infirmant l'ordonnance du juge suppléant Smith de la Division de première instance², qui avait rejeté la requête des intimés. Pourvoi accueilli.

John Scollin, c.r., et Glen St-John, pour l'appelante.

Leon N. Mercury et David G. Hill, pour les intimées.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale citant l'honorable James A. Richardson à comparaître à un interrogatoire préalable. M. Richardson était ministre de la Couronne à l'époque de cette ordonnance mais il est établi qu'il n'est plus ministre et de toute façon nous prenons judiciairement acte de ce fait. A notre avis, à supposer qu'un ministre de la Couronne est un «fonctionnaire d'un

¹ [1977] 1 C.F. 380.

² [1977] 1 C.F. 206.

Crown is a "departmental or other officer of the Crown" within s. 46(1)(a) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 and within *Federal Court Rule* 465(1)(c) (and we leave this question open), those words can only refer to a person who is such an officer at the time that the discovery is to take place. We say this having regard to the fact that admissions would ordinarily be elicited to bind the Crown on issues arising in the litigation.

We are unable to agree with the contention of the respondents that under Rule 5 of the *Federal Court Rules* resort may be had to provincial practice and procedure, here the practice and procedure in Manitoba, to cover what is alleged to be a gap in the *Federal Court Rules*. We do not construe those *Rules* as revealing a gap in this case, and, in any event, resort to Rule 5 cannot be had to effect amendments to *Rules* which, in our view, limit discovery, pursuant to the Act, to examination of those who are existing officers.

We express no opinion on the subsidiary point raised by the Crown, namely, that the nomination of an officer by the Attorney-General or Deputy Attorney-General pursuant to s. 465(1)(c) of the *Federal Court Rules* precludes the Federal Court from entertaining an application for the nomination of someone else.

The appeal is accordingly allowed, and the order of the Federal Court of Appeal is set aside and the order of Smith D.J. dismissing the respondents' motion is restored. There will be no order as to costs.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: D. S. Thorson, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Aikins, MacAuley & Thorvaldson, Winnipeg.

ministère ou département ou . . . tout autre fonctionnaire de la Couronne» au sens de l'art. 46(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10 et de la règle 465(1)c) des *Règles de la Cour fédérale* (et nous ne tranchons pas la question), cette expression ne peut viser qu'un fonctionnaire en poste au moment de l'interrogatoire préalable, et cela, parce que les aveux seraient ordinairement interprétés comme liant la Couronne quant aux questions soulevées dans le litige.

Nous ne pouvons souscrire à la prétention des intimées selon laquelle la règle 5 des *Règles de la Cour fédérale* permet de recourir à la pratique et à la procédure en vigueur dans une province, en l'occurrence le Manitoba, pour combler une prétendue lacune dans lesdites *Règles*. A notre avis, ces règles ne contiennent aucune lacune aux fins de la présente affaire et, de toute façon, on ne peut invoquer la règle 5 pour modifier les règles qui, conformément à la Loi, restreignent l'interrogatoire préalable aux fonctionnaires en poste.

Nous ne nous prononçons pas sur le moyen subsidiaire soulevé par la Couronne, à savoir que la désignation d'un fonctionnaire par le procureur général ou le sous-procureur général, en conformité de la règle 465(1)c) des *Règles de la Cour fédérale* empêche la Cour fédérale de connaître d'une requête visant la désignation d'une autre personne.

En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale est annulée et l'ordonnance du juge suppléant Smith rejetant la requête des intimées est rétablie. Il n'y aura aucune adjudication des dépens.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: D. S. Thorson, Ottawa.

Procureurs des intimées: Aikins, MacAuley & Thorvaldson, Winnipeg.

Syndicat des professeurs du Collège d'Enseignement général et professionnel du Vieux-Montréal and Claude Blanchard
(*Defendants*) *Appellants*;

and

Collège d'Enseignement général et professionnel du Vieux-Montréal (*Plaintiff*)
Respondent;

and

Roger Chouinard, Roland Boyer and Gilles Corbeil *Mis en cause*.

1975: December 10; 1976: June 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour law — Notice given to a CEGEP teacher that he would not be re-hired — Priority of employment not respected — Arbitration — Reinstatement ordered — Collective agreement silent on the scope of the powers of the arbitration board — Code of Civil Procedure, arts. 846 to 850.

Appellant Blanchard, a probationary teacher employed by the respondent CEGEP, was given written notice that he would not be re-hired for the 1971-72 school year owing to a shortage of students. Since new teachers had been hired for this same school year, appellant union lodged a grievance stating that the respondent CEGEP had not respected appellant Blanchard's priority of employment. The arbitration board, noting, *inter alia*, that appellant was entitled to the priority of employment provided for in the collective agreement (clause 8-8.06) and had the "required skills for a vacant position offered for the following school year", allowed the grievance and ordered that appellant be reinstated. This is an appeal from the decision of the Court of Appeal reversing the judgment of the Superior Court and ordering that a writ of *evocation* be issued against this award of the arbitration board. The Court of Appeal, like the Superior Court, recognized that Mr. Blanchard had a priority of employment. The sole reason for the Court of Appeal's conclusion that the arbitration board had exceeded its jurisdiction was its finding that the latter had misconstrued and misapplied clause 8-8.06 of the collective agreement by ordering the

Syndicat des professeurs du Collège d'Enseignement général et professionnel du Vieux-Montréal and Claude Blanchard
(*Défendeurs*) *Appellants*;

et

Collège d'Enseignement général et professionnel du Vieux-Montréal
(*Demandeur*) *Intimé*;

et

Roger Chouinard, Roland Boyer et Gilles Corbeil *Mis en cause*.

1975: le 10 décembre; 1976: le 29 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Avis de non-renouvellement donné à un professeur de CEGEP — Priority d'emploi non respectée — Arbitrage — Réintégration ordonnée — La convention collective muette sur l'étendue des pouvoirs du tribunal d'arbitrage — Code de procédure civile, art. 846 à 850.

Un avis de non-renouvellement pour l'année scolaire 1971-72 a été donné à l'appellant Blanchard, professeur non permanent au service du CEGEP intimé, en raison d'un manque d'effectifs d'étudiants. De nouveaux professeurs ayant été engagés pour cette même année scolaire, le syndicat appellant logea un grief dans lequel on mentionne que le CEGEP intimé n'a pas respecté la priorité d'emploi de l'appellant Blanchard. Le Tribunal d'arbitrage, constatant entre autres choses que l'appellant avait droit à la priorité d'emploi prévue à la convention collective (clause 8-8.06), et possédait les «aptitudes requises pour obtenir un poste vacant offert pour l'année scolaire subséquente», fit droit au grief et ordonna la réintégration de l'appellant. Le pourvoi attaque l'arrêt de la Cour d'appel qui infirme le jugement de la Cour supérieure et ordonne l'émission d'un bref d'*évocation* à l'encontre de cette sentence du Tribunal d'arbitrage. La Cour d'appel, à l'instar de la Cour supérieure, reconnaît que le professeur Blanchard possédait une priorité d'emploi. L'unique motif pour lequel la Cour d'appel a conclu que le tribunal d'arbitrage avait excédé sa juridiction est que celui-ci aurait mal interprété et appliqué la clause 8-8.06 de la convention

re-hiring of a teacher whose priority of employment had not been respected.

Held: The appeal should be allowed.

An arbitration board must respect the provisions of the collective agreement that define its authority. 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.

For a teacher, priority of employment means the right to be hired if he has the required skills, and in the award, it was clearly held that these facts had been proven. The arbitration board did not commit an abuse of authority in deciding to allow the grievance; only the remaining question concerned the remedy to be granted.

In *Dame Lemieux-Bélanger v. St-Gervais*, [1970] S.C.R. 948, where this question was examined, the Court unanimously upheld the award of the arbitration board invalidating the notice of dismissal and declaring that the teacher had not ceased to be employed by his employer for the following school year. The arbitration board was not exceeding its authority by ordering that the teacher whose priority of employment had not been respected be reinstated, even though the clause in the agreement concerning the powers of the arbitration board with respect to reinstatement refers expressly only to cases of dismissal and of failure to re-hire.

Air-Care Ltd. v. The United Steel Workers of America, [1976] 1 S.C.R. 2; *Dame Lemieux-Bélanger v. St-Gervais*, [1970] S.C.R. 948, followed; *Toronto Police Ass. v. Board of Commissioners*, [1975] 1 S.C.R. 630, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec reversing a judgment of the Superior Court and ordering that a writ of evocation be issued. Appeal allowed.

J. Desmarais, for the appellants.

R. David and F. Aquin, for the respondent.

J. Hélie, for the mis en cause.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—This is an appeal from a decision of the Court of Appeal of Quebec reversing the judgment of the Superior Court and ordering that a writ of evocation be issued against the award of the arbitration board composed of the mis en cause

collective en ordonnant le rengagement du professeur dont la priorité d'emploi n'avait pas été respectée.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Un tribunal d'arbitrage est tenu de respecter les dispositions de la convention collective qui délimite sa juridiction. Cependant, 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 elles constituent un abus de pouvoir au sens de l'article 846 C.p.c.

La priorité d'emploi signifie pour le professeur le droit d'être embauché s'il a les aptitudes requises; or la sentence tient expressément ce fait pour prouvé. Le tribunal d'arbitrage n'a commis aucun abus de pouvoir en décidant de faire droit au grief; la seule question restait quel remède accorder.

Dans l'affaire *Dame Lemieux-Bélanger c. St-Gervais*, [1970] R.C.S. 948, où cette question fut étudiée, la Cour a unanimement déclaré valide une sentence arbitrale déclarant l'avis de congédiement nul et statuant que l'enseignant n'avait pas cessé d'être à l'emploi de son employeur pour l'année scolaire suivante. Le tribunal d'arbitrage n'a pas excédé sa juridiction en ordonnant la réintégration du professeur dont la priorité d'emploi n'a pas été respectée et ce, même si la clause de la convention relative aux pouvoirs du tribunal d'arbitrage en matière de réintégration ne vise expressément que les cas de congédiement et de non-rengagement.

Arrêts suivis: *Air-Care Ltd. c. The United Steel Workers of America*, [1976] 1 R.C.S. 2; *Dame Lemieux-Bélanger c. St-Gervais*, [1970] R.C.S. 948; arrêt mentionné: *Toronto Police Ass. c. Bureau des commissaires*, [1975] 1 R.C.S. 630.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec infirmant un jugement de la Cour supérieure et ordonnant l'émission d'un bref d'évocation. Pourvoi accueilli.

J. Desmarais, pour les appelants.

R. David et. F. Aquin, pour l'intimé.

J. Hélie, pour les mis en cause.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Le pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui infirme le jugement de la Cour supérieure et ordonne l'émission d'un bref d'évocation à l'encontre de la sentence du tribunal d'arbitrage formé des mis en

Roger Chouinard, Roland Boyer and Gilles Corbeil. This award was made on May 14, 1973, the arbitrator appointed by the employer dissenting. It allowed a grievance lodged by the appellant union against the failure of respondent, the Collège d'Enseignement général et professionnel du Vieux-Montréal (the CEGEP), to re-hire appellant Blanchard as a teacher.

The question in issue was submitted to the Superior Court by a motion for evocation under arts. 846 to 850 of the *Code of Civil Procedure*. This motion was dismissed in accordance with the second paragraph of art. 847, which reads as follows:

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.

The case is accordingly to be decided taking the alleged facts as proven. In substance they are as follows. Claude Blanchard was a probationary teacher employed by the CEGEP. On March 29, 1971, he was given written notice that he would not be re-hired for the 1971-72 school year. On April 23, 1971, the union and the CEGEP executed a collective agreement effective from September 1, 1970 to August 31, 1971, replacing a prior collective agreement dated 1968 and binding on the parties. In the 1971 agreement, the following clause dealing with failure to re-hire a probationary teacher is found:

[TRANSLATION] 5-2.12 When a probationary teacher is not to be re-hired, the College shall advise him of its intention, before April first (1). Upon the written and personal request of the teacher concerned, the College shall give him the reasons in writing for its decision, within ten (10) working days of receipt of the teacher's request. The teacher affected by such failure to re-hire shall not be entitled to avail himself of the grievance procedure.

The grievance submitted to arbitration reads as follows:

[TRANSLATION] Mr. Blanchard's priority of employment under clause 8-8.06 was not respected since new teachers were hired in the department of psychology.

cause Roger Chouinard, Roland Boyer et Gilles Corbeil. Cette sentence a été rendue le 14 mai 1973 avec la dissidence de l'arbitre désigné par l'employeur. Elle fait droit à un grief logé par le syndicat appelant à l'encontre du non-renouvellement de l'engagement de l'appelant Blanchard comme professeur par l'intimé, le Collège d'Enseignement général et professionnel du Vieux-Montréal (le CEGEP).

Le présent litige a été soumis à la Cour supérieure par requête en évocation suivant les art. 846 à 850 du *Code de procédure civile*. Le rejet de cette requête a été prononcé en vertu du second alinéa de l'art. 847 qui se lit comme suit:

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.

Il faut donc statuer en tenant pour avérés les faits allégués. En voici l'essentiel. Claude Blanchard était professeur non-permanent au service du CEGEP. Le 29 mars 1971, celui-ci lui a donné un avis de non-renouvellement pour l'année scolaire 1971-72. Le 23 avril 1971, le Syndicat et le CEGEP ont conclu une convention collective qui devait être en vigueur du 1^{er} septembre 1970 au 31 août 1971 et qui remplaçait une convention collective antérieure datant de 1968 et liant les parties. Dans la convention de 1971, on trouve au sujet du non-renouvellement d'un professeur non-permanent, la clause suivante:

5-2.12 Lorsqu'il s'agit de non-renouvellement d'un professeur non permanent, le Collège l'avise de son intention à cette fin et ce, avant le premier (1^{er}) avril. Sur demande écrite et personnelle du professeur visé, le Collège doit lui donner par écrit les raisons qui ont motivé cette décision et ce, dans les dix (10) jours ouvrables de la réception de la demande du professeur. Le professeur ainsi visé par un non-renouvellement n'a pas le droit de se prévaloir de la procédure des règlements de griefs.

Le grief soumis à l'arbitrage se lit comme suit:

La priorité d'emploi de M. Blanchard en vertu de la clause 8-8.06 n'a pas été respectée attendu que des professeurs nouveaux ont été engagés au département de

Mr. Blanchard was not re-hired in April, 1971 and the only official reason given was a shortage of students.

For a clearer understanding of the text, I think it will be useful to quote clause 8-8.05 as well as clause 8-8.06, mentioned in the grievance.

[TRANSLATION] 8-8.05 A permanent teacher released in this manner shall continue to have priority of employment at the College over any other person not already employed by it, provided he has the necessary ability.

The priority of employment provided for herein shall continue for one year from the date of release in the case of a probationary employee and for two (2) years in the case of a permanent employee.

8-8.06 A probationary teacher affected by the procedures provided for in this clause who has the required skills for a vacant position offered for the following school year shall, subject to the provisions governing re-hiring and permanent status, have priority of employment, after permanent teachers, over any other person who is not, at that time, employed by the College.

In brief, the argument submitted by counsel for the CEGEP at the hearing of the appeal was that such provisions of the collective agreement only apply to a teacher who has been "released", and not to a probationary teacher to whom a notice of termination of employment has been duly given. It was argued that in the latter case clause 5-2.12 only was applicable and no grievance could be lodged. This point was not overlooked in the arbitration board's award. The majority refused to accept the employer's interpretation and relied on the relationship which it found between the agreement (known as C.1) that was in effect on March 29, 1971, when the notice of termination of employment was given, and the agreement of April 23, 1971 (known as S.1), which replaced it a few days later with detailed provisions for a measure of retroactivity to September 1970. They said:

[TRANSLATION] The tribunal sees a striking analogy between the text of clause 8-8.06 of the S.1 agreement and clause 18.20 of the C.1 agreement.

Mr. Blanchard's rights were based on the C.1 agreement, as we noted earlier. There was nothing in the C.1 agreement to prohibit the grievance from being lodged,

psychologie. M. Blanchard n'a pas été réengagé en avril 1971 pour la seule raison officielle d'un manque d'effectifs d'étudiants.

Pour l'intelligence du texte, il me paraît à propos de citer la clause 8-8.05 en même temps que la clause 8-8.06 mentionnée au grief.

8-8.05 Le professeur permanent ainsi mis en disponibilité conserve, pourvu qu'il ait la compétence nécessaire, une priorité d'emploi au Collège sur toute autre personne qui n'est pas déjà à son emploi.

Les priorités d'emploi prévues ci-haut durent un an après la date de la mise en disponibilité pour le non-permanent et deux (2) ans pour le permanent.

8-8.06 Le professeur non permanent affecté par les transformations prévues au présent article et qui a les aptitudes requises pour obtenir un poste vacant offert pour l'année scolaire subséquente, sous réserve des dispositions prévoyant le rengagement et l'attribution de la permanence, possède priorité d'emploi, après les professeurs permanents, sur toute autre personne qui n'est pas, à ce moment, à l'emploi du Collège.

Essentiellement, la proposition soumise à l'audition du pourvoi par le procureur du CEGEP c'est que ces dispositions de la convention collective ne s'appliquent qu'à un professeur «mis en disponibilité» et non pas à un professeur non-permanent auquel un avis de non-rengagement a été donné en temps utile. Dans ce cas-là, dit-on, c'est uniquement la clause 5-2.12 qui s'applique et aucun grief ne peut être soulevé. Le point n'a pas été oublié dans la sentence arbitrale. La majorité a refusé d'admettre l'interprétation patronale en se fondant sur le lien qu'elle a établi entre la convention (dite C.1) qui était en vigueur le 29 mars 1971 quand l'avis de non-rengagement a été donné et la convention du 23 avril 1971 (dite S.1) qui est venue la remplacer quelques jours plus tard avec des dispositions complexes sur une certaine rétroactivité au 1^{er} septembre 1970. On a dit:

Le présent Tribunal voit une analogie frappante entre les textes des articles 8-8.06 de la convention S.1 et l'article 18.20 de la convention C.1.

Les droits de M. Blanchard sont nés sous la convention C.1, ainsi que nous l'avons vu précédemment. Or rien dans la convention C.1 n'empêchait le grief qui fut

although this was contrary to clause 5-2.12 of the S.1 agreement, which would have prohibited it.

There remains another question: when could the union representing Mr. Claude Blanchard lodge the grievance? Before September or at least the end of August, no one could know whether new teachers would be hired for the department of psychology. In our opinion, any other reasoning would invalidate Clause 18.20 of the C.1 agreement and clause 8-8.06 of the S.1 agreement.

Counsel for the employer emphasized the fact that Mr. Claude Blanchard's name had not been put on a waiting list in March 1971. However, we should note that there was no provision in the C.1 agreement for a waiting list in the case of teachers who had not been re-hired. Such a practice existed, there is no doubt as to that, but it was not based on any provision of the agreement in force, which defined the parties' rights. Consequently, this argument cannot be used against the union or against Mr. Blanchard.

The evidence shows that new teachers were hired in the department of psychology, at least in September 1971. Exhibits S.3 and S.8 clearly prove this.

With respect to the "required skills" mentioned in clause 8-8.06 of the S.1 agreement, counsel for the union established that Mr. Claude Blanchard possessed them, since the academic council recommended renewal of his contract on May 18, 1971, as is attested by Exhibit S.3. By the same token, Exhibit C.6 shows that the academic council did not support the decision not to re-hire Mr. Claude Blanchard.

Neither the Superior Court nor the Court of Appeal accepted the CEGEP's argument based on clause 5-2.12, and in my opinion there is no need to consider it further. It is true that an arbitration board must respect the provisions of the collective agreement that define its authority. This Court recently applied this rule in *Air-Care Ltd. v. The United Steel Workers of America*¹. 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. In the case at bar, there is no need to consider at length what might constitute such an abuse, as was done in

¹ [1976] 1 S.C.R. 2.

porté contrairement à l'article 5-2.12 de la convention S.1 qui lui, l'aurait nié.

Une autre question demeure, quand le syndicat représentant M. Claude Blanchard pouvait-il loger le grief? Avant septembre, ou tout le moins la fin d'août, il était impossible de savoir si de nouveaux professeurs seraient engagés pour le département de psychologie. Il nous semble que raisonner autrement serait rendre inopérants les articles 18.20 de la convention C.1 ou 8-8.06 de la Convention S.1.

La partie patronale a fait grand état du fait que M. Claude Blanchard ne fut jamais inscrit sur une liste d'attente en mars 1971. Force nous est cependant de noter que rien dans la convention C.1 ne prescrivait une liste d'attente dans le cas des professeurs dont l'engagement n'était pas renouvelé. Une telle pratique existait, cela est incontestable, mais elle ne reposait sur aucun texte de la convention en vigueur, convention délimitant les droits des parties. Un tel motif ne peut conséquemment être opposé ni au syndicat ni à M. Blanchard.

La preuve révèle que de nouveaux professeurs ont été engagés au département de psychologie au moins en septembre 1971. A ce sujet, les pièces S.3 et S.8 démontrent clairement.

Quant aux «aptitudes requises» exigées par l'article 8-8.06 de la convention S.1, la partie syndicale a fait la preuve que M. Claude Blanchard les avait, la Commission pédagogique recommandant son réengagement, le 18 mai 1971 ainsi qu'en fait foi la pièce S.3. De même, la pièce C.6 relate que la Commission pédagogique désavouait le non-réengagement de M. Claude Blanchard.

La Cour d'appel, pas plus que la Cour supérieure, n'a retenu l'argument fondé par le CEGEP sur la clause 5-2.12 et il ne me paraît pas nécessaire de l'étudier bien longuement. 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*¹. 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. Dans le cas présent, je n'ai pas à

¹ [1976] 1 R.C.S. 2.

*Toronto Police Ass. v. Board of Commissioners*². There is none to be found here. 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 when they said that, in the circumstances, a teacher who had not been re-hired was entitled to priority of employment as provided in clause 8-8.06. Like the trial judge, the Court of Appeal unanimously endorsed that conclusion. Crête J.A., speaking for the Court, said:

[TRANSLATION] For the 1971-72 year, what were Mr. Blanchard's rights as a probationary teacher?

Clause 8-8.06 provides the answer:

'A probationary teacher affected by the procedures provided for in this clause who has the required skills for a vacant position offered for the following school year shall, subject to the provision governing re-hiring and permanent status, have priority of employment, after permanent teachers, over any other person who is not, at that time, employed by the College.'

As is evident, Mr. Blanchard had "priority of employment" for the 1971-72 school year.

This is a fundamental difference from the automatic re-hiring ordered by the arbitration board.

Accordingly, it appears to me that the arbitration board clearly exceeded its jurisdiction when it ordered the re-hiring of Mr. Blanchard, particularly since clause 9-2.09 of the agreement states:

'The Board shall rule on the grievances in accordance with the provisions of this agreement; it may not amend, add to or subtract from the agreement in any way.'

It is accordingly evident that the sole reason for the Court of Appeal's conclusion that the arbitration board exceeded its jurisdiction was its finding that the latter had misconstrued and misapplied clause 8-8.06 by ordering the re-hiring of a teacher whose priority of employment had not been

² [1975] 1 S.C.R. 630.

m'attarder à examiner ce qui peut constituer un tel abus comme on l'a fait dans *Toronto Police Ass. c. Bureau des commissaires*². Je ne puis voir rien de tel. 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 en disant que, dans les circonstances, le professeur non-renouvelé avait droit à la priorité d'emploi prévue à la clause 8-8.06. C'est là, d'ailleurs, une conclusion que la Cour d'appel, à l'instar du premier juge, a unanimement endossée. En effet, M. le juge Crête a dit avec l'accord de ses collègues:

Pour l'année 1971-72, quels étaient les droits de M. Blanchard, professeur non permanent?

C'est l'article 8-8.06 qui nous en fournit la réponse:

'Le professeur non permanent affecté par les transformations prévues au présent article et qui a les aptitudes requises pour obtenir un poste vacant offert pour l'année scolaire subséquente, sous réserve des dispositions prévoyant le renouvellement et l'attribution de la permanence, possède priorité d'emploi, après les professeurs permanents, sur toute autre personne qui n'est pas, à ce moment, à l'emploi du Collège.'

Comme on le voit, pour l'année scolaire 1971-1972, M. Blanchard possédait une «priorité d'emploi».

Il y a là une différence fondamentale avec le renouvellement automatique que le Tribunal d'arbitrage a tout simplement ordonné.

Il me paraît, dès lors, que le Tribunal d'arbitrage a nettement excédé sa juridiction en ordonnant le renouvellement de M. Blanchard, surtout que l'article 9-2.09 de la convention indique:

'Le Tribunal décide des griefs conformément aux dispositions de la présente convention, il ne peut ni la modifier, ni y ajouter ou y soustraire quoique ce soit.'

On voit donc que l'unique motif pour lequel la Cour d'appel a conclu que le tribunal d'arbitrage avait excédé sa juridiction c'est que celui-ci aurait mal interprété et appliqué la clause 8-8.06 en ordonnant le renouvellement du professeur dont la priorité d'emploi n'avait pas été respectée. Avec

² [1975] 1 R.C.S. 630.

respected. With respect, this finding seems erroneous to me. There can be no doubt that, for a teacher, priority of employment means the right to be hired if he has the required skills, and in the award, it was clearly held that these facts had been proven. Accordingly, the arbitration board had to allow the grievance and the only remaining question concerned the remedy to be granted. In a case where the issue was specifically what should be the conclusion of an arbitration board allowing the grievance of a teacher who had wrongfully been denied re-hiring, this Court unanimously upheld the award of the arbitration board invalidating the notice of dismissal and declaring that the teacher had not ceased to be employed by his employer for the following school year: *Dame Lemieux-Bélangier v. St-Gervais*³. In the case at bar, it should be noted that clause 9-2.15 of the collective agreement includes the following:

[TRANSLATION] 9-2.15 In cases of dismissal and of failure to re-hire, the arbitration tribunal shall have the following powers:

- (a) to examine whether the procedure was followed;
- (b) whether the alleged reasons are a just and sufficient cause;
- (c) to cancel, where necessary, the notice of non-re-hiring or of dismissal;
- (d) to order reinstatement, where necessary;
- (e) to fix compensation, where necessary, taking into consideration any salary or fee the teacher may or could have received in the meantime.

In my opinion, the Superior Court judge correctly held in this regard:

[TRANSLATION] The collective agreement of April 25, 1971 provided, under clause 9-2.15, that in case of dismissal or of failure to re-hire, the arbitration board had the power, where necessary, to cancel the notice of non-re-hiring or of dismissal and, where necessary, to order reinstatement. By deciding as it did, the arbitration board was certainly not exceeding its authority, since its power in this area had already been acknowledged.

While it is indeed true that clause 9-2.15 refers expressly only to cases of dismissal and of failure to re-hire, cannot this clause reasonably be applied to the failure to respect priority of employment? Even on an extremely strict interpretation of this

³ [1970] S.C.R. 948.

respect, cette conclusion me semble erronée. On ne peut certes pas douter que la priorité d'emploi signifie pour le professeur le droit d'être embauché s'il a les aptitudes requises, or la sentence tient expressément ce fait pour prouvé. Le tribunal d'arbitrage devait donc faire droit au grief et la seule question restait quel remède accorder. Dans un cas où il s'agissait précisément de décider ce que doit être la conclusion d'un tribunal d'arbitrage qui fait droit au grief d'un enseignant auquel on avait, à tort, refusé le rengagement, nous avons unanimement déclaré valide une sentence arbitrale déclarant l'avis de congédiement nul et statuant que l'enseignant n'avait pas cessé d'être à l'emploi de son employeur pour l'année scolaire suivante: *Dame Lemieux-Bélangier c. St-Gervais*³. Dans le cas présent, il convient de signaler que la clause 9-2.15 de la convention collective comporte ce qui suit:

9-2.15 Dans les cas du congédiement et de non-rengagement les pouvoirs du Tribunal d'arbitrage sont les suivantes:

- a) examiner si la procédure a été suivie;
- b) si les raisons alléguées constituent une cause juste et suffisante;
- c) annuler s'il y a lieu l'avis de non-rengagement ou le congédiement;
- d) ordonner s'il y a lieu la réintégration;
- e) fixer une compensation s'il y a lieu en tenant compte de tout salaire ou honoraire que le professeur a pu et aurait pu recevoir dans l'intervalle.

A mon avis, c'est à bon droit que le premier juge a dit à ce sujet:

La convention collective du 25 avril 1971 prévoyait sous l'article 9-2.15 que dans les cas de congédiement et de non-rengagement il entrait dans les pouvoirs du tribunal d'arbitrage d'annuler s'il y a lieu l'avis de non-rengagement ou le congédiement et d'ordonner s'il y a lieu la réintégration. En se prononçant comme il l'a fait, le tribunal d'arbitrage n'a certes pas excédé sa juridiction puisque ce pouvoir lui était déjà reconnu.

Il est bien vrai que la clause 9-2.15 ne vise expressément que les cas de congédiement et de non-rengagement, mais est-il déraisonnable d'appliquer ce texte également à la priorité d'emploi non respectée? Le plus qu'on pourrait dire en

³ [1970] R.C.S. 948.

provision, all that could be said would be that the agreement is silent on the point. Then, surely, the conclusion would have to be exactly the same as in *Lemieux-Bélanger*, where this Court was called upon to interpret a legislative provision that was silent on the extent of the powers of the arbitration board. I am accordingly of the opinion that the Court of Appeal erred in reversing the conclusion of the judge of the Superior Court.

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.

I conclude that the appeal should be allowed, the decision of the Court of Appeal be reversed and the judgment of the Superior Court dismissing the motion for evocation be restored, the whole with costs throughout against respondent.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Laroche, Saint-Arnaud, Thibault, Desmarais & Ass., Montreal.

Solicitors for the respondent: Lapointe & David, Montreal.

Solicitors for the third party Boyer: Melançon, Cloutier & Hélie, Montreal.

interprétant ce texte de la façon la plus étroite possible ce serait que la convention est muette sur ce point-là. Mais alors, il faudrait sûrement conclure exactement comme on l'a fait dans l'affaire *Lemieux-Bélanger* où nous avons à interpréter une disposition législative muette sur l'étendue des pouvoirs du tribunal d'arbitrage. Je crois donc que la Cour d'appel a fait erreur en infirmant la décision du premier juge.

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.

Je conclus qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'infirmar l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de la Cour supérieure rejetant la requête en évocation, le tout avec dépens dans toutes les cours contre l'intimé.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Laroche, Saint-Arnaud, Thibault, Desmarais & Ass., Montréal.

Procureurs de l'intimé: Lapointe & David, Montréal.

Procureurs du mis en cause Boyer: Melançon, Cloutier & Hélie, Montréal.

Amax Potash Limited, International Minerals and Chemical Corporation (Canada) Limited, Duval Corporation of Canada, Cominco Ltd., United States Borax & Chemical Corporation, Hudson Bay Mining and Smelting Co., Limited, Swift Canadian Co., Limited, PPG Industries Canada Ltd., Alwinal Potash of Canada Limited, Ideal Basic Industries, Inc., and Texasgulf Potash Company (Plaintiffs)
Appellants;

and

The Government of Saskatchewan (Defendant) Respondent.

1976: June 10; 1976: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Constitutional law — Determination of validity of tax legislation pending — Enactment prohibiting proceedings against Crown in respect of anything done or omitted under ultra vires legislation — Enactment invalid in so far as it purports to bar recovery of taxes paid under ultra vires legislation — The Mineral Taxation Act, R.S.S. 1965, c. 64, ss. 25A, 28A [enacted 1973-74, c. 65] — The Proceedings against the Crown Act, R.S.S. 1965, c. 87, s. 5 (7) — The Potash Reserve Tax Regulations, 1974.

Practice — Moneys paid under protest pending determination of validity of taxing enactment — Application for preservation of money paid not within ambit of Saskatchewan Rules of Court — Queen's Bench Rules 387, 390.

The plaintiff companies, producers of potash in Saskatchewan, commenced an action against the Government of Saskatchewan for a declaration that ss. 25A and 28A of *The Mineral Taxation Act*, R.S.S. 1965, c. 64 (enacted by 1973-74, c. 65) and *The Potash Reserve Tax Regulations, 1974*, made pursuant to s. 25A, are *ultra vires* the Province of Saskatchewan and for the repayment of all moneys which may be paid by the plaintiffs on account of a tax imposed by the Regulations. The defendant maintained that the impugned

Amax Potash Limited, International Minerals and Chemical Corporation (Canada) Limited, Duval Corporation of Canada, Cominco Ltd., United States Borax & Chemical Corporation, Hudson Bay Mining and Smelting Co., Limited, Swift Canadian Co., Limited, PPG Industries Canada Ltd., Alwinal Potash of Canada Limited, Ideal Basic Industries, Inc., et Texasgulf Potash Company (Demandereses)
Appelantes;

et

Le gouvernement de la Saskatchewan (Défendeur) Intimé.

1976: le 10 juin; 1976: le 5 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Attente d'une décision sur la validité d'une législation fiscale — Loi interdisant des procédures contre la Couronne relativement à toute chose faite ou omise en vertu d'une législation ultra vires — Loi invalide dans la mesure où elle vise à empêcher le recouvrement d'impôts payés en vertu d'une législation ultra vires — The Mineral Taxation Act, R.S.S. 1965, c. 64, art. 25A, 28A [promulguée 1973-74, c. 65] — The Proceedings against the Crown Act, R.S.S. 1965, c. 87, par. 5(7) — The Potash Reserve Tax Regulations, 1974.

Pratique — Sommes d'argent versées sous protêt en attendant que l'on décide de la validité de la disposition fiscale — Requête pour la conservation d'une somme d'argent versée ne relève pas des Règles de procédure de la Saskatchewan — Règles 387 et 390 des Queen's Bench Rules.

Les compagnies demandereses, producteurs de potasse en Saskatchewan, ont introduit une action à l'encontre du gouvernement de la Saskatchewan demandant que les art. 25A et 28A de *The Mineral Taxation Act*, R.S.S. 1965, chap. 64 (promulguée par 1973-74, c. 65) et *The Potash Reserve Tax Regulations, 1974*, décrétés en vertu de l'art. 25A, soient déclarés *ultra vires* de la Législature de la Saskatchewan et que leur soient remboursées toutes les sommes qu'elles ont versées ou verseront au titre de l'impôt prévu par le Règle-

legislation is *intra vires* the Legislature of Saskatchewan and further averred that the statement of claim disclosed no cause of action against the defendant by virtue of *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, c. 87, and in particular s. 5(7) thereof. It was the defendant's position that s. 5(7) would act as an effective bar to the recovery of moneys paid to the Government in the event the potash reserve tax legislation was held to be *ultra vires*; with this position the plaintiffs did not agree.

In an attempt to avoid the possible consequences of s. 5(7) the plaintiffs moved in the Court of Queen's Bench for an order, pursuant to the provisions of Rules 387 to 390 of the Rules of Practice and Procedure, for the preservation until trial or other disposition of the action, of the sums paid from time to time pursuant to the potash reserve tax legislation. The motion was dismissed by the Chambers judge and an appeal from his decision to the Court of Appeal was also dismissed. On a further appeal, with leave, to this Court the question as to the constitutionality of s. 5(7) was raised.

Held: The appeal should be allowed. Section 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, c. 87, is *ultra vires* the Legislature of Saskatchewan, in so far as it purports to bar recovery of taxes paid under a statute or statutory provision which is beyond the legislative jurisdiction of the Legislature of Saskatchewan.

The motion for an order for interim preservation of property should be denied.

The validity of ss. 25A and 28A remained to be litigated and nothing was said about the merits of that legislation. It was only *ex hypothesi* that reference was made to the possible invalidity of the impugned sections and to the rights of the parties in that eventuality. If a statute is found to be *ultra vires* the legislature which enacted it, legislation which would have the effect of attaching legal consequences to acts done pursuant to that invalid law must equally be *ultra vires* because it relates to the same subject-matter as that which was involved in the prior legislation. If a state cannot take by unconstitutional means it cannot retain by unconstitutional means.

As to the matter of an interim order, s. 17(2) of *The Proceedings against the Crown Act*, which provides that "where, in proceedings against the Crown, any relief is sought that might, in proceedings between persons, be granted by way of injunction or specific performance, the Court shall not, as against the Crown, grant an

ment. Le défendeur a allégué que la législation contestée est *intra vires* de la Législature de la Saskatchewan et, en outre, que la déclaration n'a révélé aucune cause d'action contre le défendeur en raison de *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, c. 87 et plus particulièrement son par. 5(7). La thèse du défendeur était que si la loi créant un impôt sur les réserves de potasse est déclarée *ultra vires*, le par. 5(7) empêche le recouvrement des sommes d'argent versées au gouvernement; les demanderessees ne partagent pas cet avis.

Afin d'éviter les conséquences possibles du par. 5(7), les demanderessees ont demandé à la Cour du Banc de la Reine, en vertu des dispositions des règles 387 à 390 des Règles de pratique et de procédure, de prononcer aux conditions suivantes une ordonnance de conservation des sommes versées en vertu de la législation créant l'impôt sur les réserves, jusqu'à ce que l'action soit entendue ou qu'il en soit autrement disposé. La demande a été rejetée par le juge en chambre, de même qu'a été rejeté l'appel de sa décision interjeté en Cour d'appel. Au pourvoi interjeté sur autorisation devant cette Cour, les demanderessees ont soulevé la question de la constitutionnalité du par. 5(7).

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli. Le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, c. 87 est *ultra vires* de la Législature de la Saskatchewan dans la mesure où il vise à empêcher le recouvrement d'impôts payés en vertu d'une loi ou d'une disposition législative qui outrepassa la compétence législative de la Législature de la Saskatchewan.

La demande de conservation provisoire de biens doit être rejetée.

La validité des art. 25A et 28A reste toujours à trancher et on ne s'est pas prononcé sur le fond de ce litige. Toute référence à l'invalidité possible des articles contestés et aux droits des parties dans cette éventualité est une simple hypothèse de travail. Si une loi est déclarée *ultra vires* de la législature qui l'a adoptée, toute législation qui aurait pour effet d'attacher des conséquences juridiques aux actes accomplis en exécution de la loi invalide est également *ultra vires* puisqu'elle a trait à l'objet même de la première loi. Un État ne peut conserver par des mesures inconstitutionnelles ce qu'il ne peut prendre par de telles mesures.

Pour ce qui est de la question d'une ordonnance de conservation provisoire, est inapplicable en l'espèce le par. 17(2) de *The Proceedings against the Crown Act*, qui dispose que «lorsqu'est demandé, dans des procédures contre la Couronne, un redressement qui, dans des procédures entre particuliers, pourrait être obtenu par

injunction or make an order for specific performance, but may in lieu thereof make an order declaratory of the rights of the parties", was not applicable here. Neither the determination of constitutional validity of s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act* nor an order for preservation of assets is in the nature of relief by way of injunction, or specific performance, or an interim declaration of the rights of the parties on the merits in the main action.

Nor was the application for preservation one which came within the ambit of the Saskatchewan Rules of Court. Rules 387 and 390 were never intended for a case such as this where moneys are being paid under duress and protest to a taxing authority pending determination of the validity of a taxing enactment. Rules 387 and 390 pertain to the preservation of property which might be transferred or destroyed or spirited away thereby causing irreparable harm while litigation is in progress.

Antill Ranger and Co. Proprietary Ltd. v. Commissioner for Motor Transport (1955), 93 C.L.R. 83, aff'd. [1956] A.C. 527, applied; *Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan* (1958), 16 D.L.R. (2d) 465, aff'd. [1960] S.C.R. 619; *Attorney General of Alberta v. Attorney General of Canada*, [1943] A.C. 356; *British Columbia Power Corporation, Ltd. v. British Columbia Electric Co. Ltd.*, [1962] S.C.R. 642, referred to; *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools v. The Quebec Bank*, [1920] A.C. 230; *Vancouver Growers Ltd. v. McLenan et al.*, [1937] 3 W.W.R. 119; *Canadian Industrial Gas and Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1974] 4 W.W.R. 557; *Underhill v. Ministry of Food*, [1950] 1 All E.R. 591; *International General Electric Co. of New York v. Commissioners of Customs and Excise*, [1962] Ch. 784, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan¹, dismissing an appeal from a judgment of Johnson J., dismissing an application for an interim order for preservation of moneys paid by the appellants pursuant to certain tax legislation. Appeal allowed.

J. J. Robinette, Q.C., and *W. M. Elliott, Q.C.*, for the plaintiffs, appellants.

G. W. Ainslie, Q.C., and *H. L. Molot*, for the intervenant, the Attorney General of Canada.

¹ [1976] 1 W.W.R. 569, 65 D.L.R. (3d) 159.

injonction ou par exécution intégrale, la Cour ne doit pas à l'encontre de la Couronne, accorder une injonction ni ordonner l'exécution intégrale, mais elle peut prononcer un jugement déclaratoire des droits des parties. On ne peut assimiler les décisions sur la validité constitutionnelle du par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act* ou une ordonnance de conservation de biens à un redressement par voie d'injonction, ou exécution intégrale, ni à une déclaration des droits des parties sur le fond même de l'action principale.

La requête pour la conservation ne relevait pas non plus des Règles de procédure de la Saskatchewan. Les règles 387 et 390 n'ont jamais pu viser un cas comme celui-ci où des sommes d'argent sont versées sous contrainte et sous protêt au fisc en attendant que l'on décide de la validité de la disposition fiscale. Les règles 387 et 390 ont trait à la conservation de biens qui pourraient être transférés, détruits ou subtilisés causant ainsi un tort irréparable alors que le procès est en cours.

Arrêt appliqué: *Antill Ranger and Co. Proprietary Ltd. v. Commissioner for Motor Transport* (1955), 93 C.L.R. 83, confirmé [1956] A.C. 527; arrêts mentionnés: *Cairns Construction Ltd. c. Le Gouvernement de la Saskatchewan* (1958), 16 D.L.R. (2d) 465, confirmé [1960] R.C.S. 619; *Le procureur général de l'Alberta c. Le procureur général du Canada*, [1943] A.C. 356; *British Columbia Power Corporation, Ltd. c. British Columbia Electric Co. Ltd.*, [1962] R.C.S. 642; distinction faite avec les arrêts: *Syndic des écoles catholiques romaines séparées c. La Banque de Québec*, [1920] A.C. 230; *Vancouver Growers Ltd. v. McLenan et al.*, [1937] 3 W.W.R. 119; *Canadian Industrial Gas and Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1974] 4 W.W.R. 557; *Underhill v. Ministry of Food*, [1950] 1 All E.R. 591; *International General Electric Co. of New York v. Commissioners of Customs and Excise*, [1962] Ch. 784.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan¹ rejetant l'appel d'un jugement du juge Johnson qui avait rejeté une requête de conservation provisoire des sommes payées par les appelantes en vertu d'une certaine législation fiscale. Pourvoi accueilli.

J. J. Robinette, c.r., et *W. M. Elliott, c.r.*, pour les demanderesses, appelantes.

G. W. Ainslie, c.r., et *H. L. Molot*, pour l'intervenant, le procureur général du Canada.

¹ [1976] 1 W.W.R. 569, 65 D.L.R. (3d) 159.

G. J. D. Taylor, Q.C., R. S. Meldrum, Q.C., and G. V. Peacock, for the defendant, respondent.

W. Henkel, Q.C., for the intervenant, the Attorney General of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—This appeal, pursuant to leave granted by this Court, raises the following constitutional question: Is s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, c. 87 *intra vires* the Legislature of Saskatchewan, in so far as it purports to bar recovery of taxes paid under a statute or statutory provision which is beyond the legislative jurisdiction of the Legislature of Saskatchewan.

The appellants are producers of potash in Saskatchewan. They mine from Crown, leasehold and freehold lands and sell in interprovincial and international markets in excess of 98 per cent of the potash recovered.

In 1974, the Legislature of Saskatchewan passed *An Act to amend The Mineral Taxation Act*, 1973-74 (Sask.), c. 65, amending R.S.S. 1965, c. 64, to provide for taxation of "the potash ore reserves, mine and refining plant" of all persons having the right to mine potash. The amending Act contained the following sections 25A and 28A:

25A. (1) Notwithstanding anything in this Act, every person who has the right to mine the mineral potash in a producing tract shall pay to the minister a tax computed on the value of the potash ore reserves, mine and refining plant with respect to which such person has the right to mine potash ore at such rate as the Lieutenant Governor in Council may from time to time by order prescribe.

(2) An order made under subsection (1) shall be in force and effect for the quarter of the year specified in the order and for each subsequent quarter; provided that the Lieutenant Governor in Council may amend, alter, vary or rescind the order or make another order in substitution therefor but no order altering the rate of a tax payable pursuant to an order made under subsection (1) shall be made after the first month of the quarter in which the tax is payable.

G. J. D. Taylor, c.r., R. S. Meldrum, c.r., et G. V. Peacock, pour le défendeur, intimé.

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

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Ce pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, soulève la question constitutionnelle suivante: le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, c. 87, est-il *intra vires* de la Législature de la Saskatchewan dans la mesure où il vise à empêcher le recouvrement d'impôts payés en vertu d'une loi ou d'une disposition législative qui outrepassé la compétence législative de la Législature de la Saskatchewan?

Les appelantes sont des producteurs de potasse en Saskatchewan. Elles exploitent des mines situées sur des terres de la Couronne et sur des terres en tenure à bail ou en tenure libre, et elles vendent plus de 98 pour cent de leur potasse sur les marchés interprovinciaux et internationaux.

En 1974, la Législature de la Saskatchewan a adopté une loi modifiant les R.S.S. 1965, c. 64, *An Act to amend The Mineral Taxation Act*, 1973-74 (Sask.), c. 65 qui crée un impôt sur [TRADUCTION] «les réserves de minerai, les installations d'extraction et les usines de raffinage de potasse» appartenant à toute personne ayant le droit d'exploiter des mines de potasse. Dans cette loi modificatrice, on trouve les art. 25A et 28A suivants:

[TRADUCTION] 25A. (1) Sous réserve des dispositions de cette Loi, toute personne qui a le droit d'exploiter une mine de potasse d'un site productif doit verser au Ministre un impôt calculé sur la valeur des réserves de minerai, des installations d'extraction et des usines de raffinage de potasse, qu'elle est autorisée à exploiter, au taux établi par décret du Lieutenant-Gouverneur en conseil.

(2) Un décret pris en vertu du paragraphe (1) est en vigueur pour le trimestre y mentionné et pour chacun des trimestres subséquents; toutefois, le Lieutenant-Gouverneur en conseil peut modifier, retoucher ou annuler le décret ou y substituer un autre, mais aucun décret modifiant le taux de l'impôt payable conformément à un décret pris en vertu du paragraphe (1) ne peut être édicté après le premier mois du trimestre au cours duquel l'impôt est exigible.

(3) The value of the potash ore reserves, mine and refining plant shall be determined annually by the minister in such manner as the Lieutenant Governor in Council may by order prescribe.

(4) The tax payable pursuant to an order made under this section shall be paid in such manner and at such time or times in each quarter as the Lieutenant Governor in Council may by order prescribe.

(5) The tax payable pursuant to an order made under this section shall be in addition to and not in substitution for the taxes imposed by sections 3, 4 and 25.

(6) Where a tax in respect of the mineral potash in a producing tract is payable pursuant to an order made under this section no tax shall be payable under section 7 or 23 in respect of the same mineral in that tract.

(7) In this section "year" means the period between the first day of July in one calendar year and the last day of June in the next calendar year, both dates inclusive.

(8) All orders made under this section shall be published in *The Saskatchewan Gazette*.

28A. The Lieutenant Governor in Council may by order require all or any portion of any tax payable under this Act to be paid in kind and on such order being made the taxpayer to whom the order applies shall deliver at a time and place and in a manner specified from time to time by the minister such quantity of the mineral or of the refined product of the mineral as the minister determines will yield when sold the amount of the tax and penalties outstanding.

Pursuant to s. 25A, the Lieutenant-Governor in Council of Saskatchewan made *The Potash Reserve Tax Regulations, 1974*, (Order in Council 1756/74, dated November 12, 1974), which were later amended by Order in Council 801/75, dated June 2, 1975. The Regulations impose a quarterly tax on potash reserves, mine and refining plant, the value of which is to be determined annually by the Minister in the following manner: "annual capacity times the scale factor times the ore grade factor times forty dollars times twenty divided by the capital investment factor". The mill rate is determined in accordance with Table 1 of the Regulations and increases as the average selling price per ton of potash increases.

(3) La valeur des réserves de minerai, des installations d'extraction et des usines de raffinage de potasse doit être fixée annuellement par le Ministre de la façon prescrite par décret du Lieutenant-Gouverneur en conseil.

(4) L'impôt payable aux termes d'un décret pris en vertu du présent article doit être payé de la manière et à la date ou aux dates de chaque trimestre prescrites par décret du Lieutenant-Gouverneur en conseil.

(5) L'impôt payable aux termes d'un décret pris en vertu du présent article s'ajoute aux impôts prévus par les articles 3, 4 et 25.

(6) Lorsqu'un impôt sur la potasse extraite d'un site productif est payable aux termes d'un décret pris en vertu du présent article, aucun impôt n'est exigible en vertu des articles 7 et 23 à l'égard du minerai ainsi extrait.

(7) Au présent article, «année» signifie la période comprise entre le 1^{er} juillet d'une année civile et le 30 juin de l'année civile suivante, inclusivement.

(8) Tout décret pris en vertu du présent article doit être publié dans *The Saskatchewan Gazette*.

28A. Le Lieutenant-Gouverneur en conseil peut, par décret, exiger que le montant intégral de l'impôt payable en vertu de la présente Loi, ou une partie de celui-ci, soit versé en nature et, si un tel décret est édicté, le contribuable ainsi visé doit livrer à l'endroit, à l'époque et de la manière prescrits par le Ministre la quantité de minerai ou de produit raffiné tiré de ce minerai qui, selon les calculs du Ministre, rapportera à la vente le montant de l'impôt et des pénalités en souffrance.

Conformément à l'art. 25A, le Lieutenant-Gouverneur en conseil a pris *The Potash Reserve Tax Regulations, 1974*, (Décret du Conseil 1756/74, en date du 12 novembre 1974), qui ont été ensuite modifiés par le Décret du Conseil 801/75, en date du 2 juin 1975. Ce règlement prévoit le prélèvement d'un impôt trimestriel sur les réserves, les installations d'extraction et les usines de raffinage de potasse, dont le montant est déterminé annuellement par le Ministre de la façon suivante: [TRADUCTION] «la production annuelle multipliée par le coefficient tarifaire multiplié par le coefficient de teneur en minerai multiplié par quarante dollars multiplié par vingt divisé par le coefficient du capital investi». Le taux de taxation exprimé en millièmes est établi conformément au tableau 1 du Règlement et il est indexé sur le prix de vente moyen d'une tonne de potasse.

The appellants were minded to challenge the validity of the tax and to that end issued a statement of claim against the Government of Saskatchewan. The statement of claim alleges that s. 25A of *The Mineral Taxation Act* and the Regulations thereunder purport to impose a tax which is in substance an indirect tax and therefore beyond the powers of the Province. Reference is made in the statement of claim to the announcement on or about April 29, 1974, by the Saskatchewan Government of a new policy whereby the Province would (i) participate in the potash industry, (ii) market, through a new government corporation, potash produced by it or on its behalf, (iii) take in kind and market royalties, fees, taxes, and surcharges and (iv) introduce a reserves tax with respect to potash. It is further alleged in the statement of claim that s. 25A and the Regulations were not passed to raise revenue for provincial purposes but rather, pursuant to announced Government policy, to engage in the production and sale of potash for export from Saskatchewan. It is also contended that ss. 25A and 28A and the Regulations constitute a colourable attempt to regulate trade and commerce, a power conferred on the Parliament of Canada by s. 91(2) of *The British North America Act, 1867* and are therefore beyond the powers of Saskatchewan. The plaintiffs in the statement of claim ask for a declaration that ss. 25A and 28A and the Regulations are *ultra vires* the Province of Saskatchewan and for the repayment of all moneys which may be paid by the plaintiffs on account of the tax. The statement of defence, in brief, maintains that the impugned legislation is *intra vires* the Legislature of Saskatchewan and further avers that the statement of claim discloses no cause of action against the defendant Government by virtue of *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, c. 87, and in particular s. 5(7) thereof. The Act referred to, the general scheme of which is to be found in enactments of all Canadian provinces, provides that, *inter alia*, subject to the Act, (i) in proceedings against the Crown the rights of the parties are as nearly as possible the same as in a suit between person and person and (ii) a claim against the Crown that, if the Act had not been passed, might be enforced by petition of right,

Les appelantes ont décidé de contester la validité de l'impôt et, à cette fin, elles ont intenté une action contre le gouvernement de la Saskatchewan. Elles allèguent dans leur déclaration que l'art. 25A de *The Mineral Taxation Act* et le règlement d'application créent un impôt qui est au fond un impôt indirect et qui excède, par conséquent, les pouvoirs de la Législature de la Province. La déclaration mentionne que le 29 avril 1974 ou vers cette date, le gouvernement de la Saskatchewan a annoncé une nouvelle politique par laquelle la Province allait (i) participer à l'industrie de la potasse, (ii) commercialiser par l'intermédiaire d'une nouvelle société gouvernementale la potasse produite par elle ou en son nom, (iii) percevoir en nature et vendre le produit des redevances, droits, impôts et surtaxes et (iv) prélever un impôt sur les réserves de potasse. La déclaration allègue en outre que l'art. 25A et le règlement n'ont pas été adoptés pour augmenter les recettes budgétaires à des fins provinciales, mais plutôt pour permettre à la province, suivant la nouvelle politique gouvernementale, de participer à la production et à la vente de potasse en vue de l'exportation. Elle allègue aussi que les art. 25A et 28A ainsi que le règlement sont une tentative déguisée de réglementer les échanges et le commerce, pouvoir conféré au Parlement du Canada par le par. 91(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, excédant par conséquent les pouvoirs de la Législature de la Saskatchewan. Les demandesses, dans leur déclaration, demandent que les art. 25A et 28A ainsi que le règlement soient déclarés *ultra vires* de la Législature de la Saskatchewan et que leur soient remboursées toutes les sommes versées au titre de l'impôt en question. On peut ainsi résumer la défense: la législation contestée relève de la Législature de la Saskatchewan et, en outre, la déclaration ne révèle aucune cause d'action contre le gouvernement défendeur en raison de *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, c. 87 et plus particulièrement son par. 5(7). Cette loi, dont on retrouve les principes généraux dans des lois de toutes les autres provinces canadiennes, prévoit que, notamment, sous réserve des dispositions de la Loi (i) dans tout recours exercé contre la Couronne, les droits des parties sont, dans la mesure du possible, les mêmes que dans une action

subject to the grant of a *fiat* by the Lieutenant-Governor, may be enforced as of right by proceedings against the Crown in accordance with the Act without the grant of a *fiat*. Section 5(7) of the Act, at issue in the present appeal, is unique among provincial Crown liability Acts and purports to limit liability in respect of things done or omitted in the exercise of power or authority under an *ultra vires* enactment. The section reads:

5.(7) No proceedings lie against the Crown under this or any other section of the Act in respect of anything heretofore or hereafter done or omitted and purporting to have been done or omitted in the exercise of a power or authority under a statute or a statutory provision purporting to confer or to have conferred on the Crown such power or authority, which statute or statutory provision is or was or may be beyond the legislative jurisdiction of the Legislature; and no action shall be brought against any person for any act or thing heretofore or hereafter done or omitted by him under the supposed authority of such statute or statutory provision, or of any proclamation, order in council or regulation made thereunder, provided such action would not lie against him if the said statute, statutory provision, proclamation, order in council or regulation is or had been or may be within the jurisdiction of the Legislature enacting or the Lieutenant Governor making the same.

We are concerned in this appeal only with the portion of the section preceding the semi-colon.

In reply to the statement of defence the plaintiffs said that if s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act* is or may be construed as a bar to the claim of the plaintiffs, then the section is to that extent *ultra vires* and beyond the powers conferred on the defendant by the Constitution of Canada. In short, the position of the Government of Saskatchewan is that s. 5(7) would not act as an effective bar to the recovery of moneys paid to the Government in the event the reserve tax legislation is held to be *ultra vires*; the appellants do not agree.

entre particuliers, et (ii) une réclamation contre la Couronne qui aurait pu, si la Loi n'avait pas été adoptée, se faire par pétition de droit moyennant une autorisation de poursuivre accordée par le Lieutenant-Gouverneur, peut se faire de plein droit par l'institution de procédures contre la Couronne conformément aux dispositions de la Loi, sans autorisation préalable de poursuivre. Toutefois, le par. 5(7) de la Loi en cause ne se retrouve pas dans les autres lois provinciales sur la responsabilité de la Couronne. Il vise à limiter la responsabilité se rattachant aux actes ou omissions commis dans l'exercice d'un pouvoir conféré par un texte législatif *ultra vires*. Voici le libellé de ce paragraphe:

[TRADUCTION] 5.(7) On ne peut exercer aucun recours contre la Couronne en vertu du présent ou de tout autre article de la Loi au regard d'actes ou d'omissions commis ou ayant apparemment été commis dans l'exercice d'un pouvoir conféré ou censé avoir été conféré à la Couronne en vertu d'une loi ou d'une disposition législative qui excédait, excède ou pourrait excéder la compétence de la Législature; et aucune action ne peut être intentée contre une personne au regard d'actes ou d'omissions commis par celle-ci en vertu de l'autorité apparente de cette loi ou disposition législative, ou d'une proclamation, d'un décret du conseil ou d'un règlement y afférent, lorsqu'une telle action ne pourrait être intentée contre cette personne si la loi, la disposition législative, la proclamation, le décret du conseil ou le règlement en question avait été, était ou pouvait être de la compétence de la Législature ou du Lieutenant-Gouverneur.

Seul le passage précédant le point-virgule nous intéresse en l'espèce.

En réponse aux conclusions de la défense, les demanderesse allèguent que si le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act* est ou peut être interprété de façon à faire obstacle à leur réclamation, ce paragraphe est, dans cette mesure, *ultra vires* et excède les pouvoirs conférés au défendeur par la Constitution du Canada. En résumé, le Gouvernement de la Saskatchewan prétend que si sa loi créant un impôt sur les réserves de potasse est déclarée *ultra vires*, le par. 5(7) empêche le recouvrement des sommes d'argent versées au gouvernement; les appelantes sont d'avis contraire.

Before considering the validity of the contention advanced on behalf of the Province, reference must be made to certain letters which passed between the Minister of Natural Resources of Saskatchewan and the several plaintiffs. The following correspondence between the Minister and the President of the International Minerals & Chemical Corporation (Canada) Limited may be taken as typical. The first letter, dated August 7, 1975, from the Minister to the company, reads:

Re: Potash Reserve Tax

This is to advise that your company is in arrears of the potash reserve tax in the sum of \$10,980,864.63 for the quarter ending June 30, 1975, which was payable to the Department of Mineral Resources on or before June 20, 1975.

We, therefore, hereby demand the payment of the tax with penalties as provided for in the regulations by August 15, 1975.

In the event of your failure to comply with this demand, our Department will exercise all such remedies as are available to it for the collection of the tax and penalties and will take all such appropriate action as may be necessary under the circumstances.

The reply, on behalf of the company, dated August 15, 1975, reads:

This will refer to your letter addressed to us under date of August 7, 1975, demanding payment of the Potash Reserve Tax for the quarter ending June 30, 1975 in the sum of \$10,980,864.63 together with penalties and stating that if we failed to make such payment we would be subject to unspecified action on the part of your Department.

We are a plaintiff in an action brought by several potash producers against the Government of Saskatchewan, which is now pending in the Queen's Bench Judicial Centre of Regina, in which proceeding the legality of the potash reserve tax is in issue.

It is not our wish to cause to yourself or your Government any more difficulties than are absolutely necessary during the period of time that it will take for the questions of the constitutional validity of the mineral tax legislation and regulations to be determined. We have indicated that we are quite prepared to pay the proper amount of tax demanded under the impugned legislation so long as we have the assurance of the Government or of yourself as Minister of the Department concerned

Avant d'examiner la validité de l'argumentation mise de l'avant au nom de la Province, il convient de se reporter à un échange de lettres entre le ministre des Ressources naturelles de la Saskatchewan et plusieurs des demandereses. On peut considérer comme typique la correspondance suivante échangée entre le Ministre et le président de l'International Minerals & Chemical Corporation (Canada) Limited. Voici la première lettre, datée du 7 août 1975, du Ministre à la compagnie:

[TRADUCTION] Objet: Impôt sur les réserves de potasse

Je vous rappelle par la présente que votre compagnie était tenue de verser au ministère des Ressources naturelles, au plus tard le 20 juin 1975, au titre de l'impôt sur les réserves de potasse, la somme de \$10,980,864.63 pour le trimestre se terminant le 30 juin 1975.

Par conséquent, nous vous sommons d'acquitter au plus tard le 15 août 1975 l'impôt et les pénalités en conformité du règlement.

Si vous ne vous conformez pas à cette sommation, le Ministère exercera tous les recours possibles pour percevoir l'impôt et les pénalités et prendra toutes les mesures jugées nécessaires dans les circonstances.

Voici la réponse de la compagnie, par lettre datée du 15 août 1975:

[TRADUCTION] Vous nous sommez, dans votre lettre du 7 août 1975, de verser la somme de \$10,980,864.63, plus les pénalités, au titre de l'impôt sur les réserves de potasse pour le trimestre se terminant le 30 juin 1975, et vous nous menacez de mesures non spécifiées de la part de votre Ministère si nous refusons d'obtempérer.

Nous vous informons que notre compagnie est demanderesse dans une action actuellement pendante devant la Cour du Banc de la Reine au centre judiciaire de Regina, intentée par plusieurs producteurs de potasse contre le gouvernement de la Saskatchewan, et dans laquelle nous contestons la légalité de l'impôt sur les réserves de potasse.

Nous ne voulons en aucune façon causer à votre gouvernement plus de difficultés qu'il n'est absolument inévitable tant que la question de la validité constitutionnelle de la loi et du règlement créant l'impôt sur le minerai ne sera pas tranchée. Nous sommes donc prêts à verser l'impôt demandé en vertu de la loi contestée, mais à la condition que le gouvernement ou vous-même, en tant que chef du Ministère concerné, puissiez nous assurer que les sommes ainsi versées nous seront rem-

that such monies as are paid under such legislation will be returned forthwith together with interest by the Government in the event the pending action is successful, and the legislation is determined to be *ultra vires*. I am sure you can appreciate that the sums being demanded involve a substantial amount, and it would only be reasonable for us to require this protection under such an understanding before making payment.

In view of the implications inherent in your letter of August 7, 1975, however, and feeling that there is an urgent and compelling, immediate practical necessity, to protect our interests in mine and mine assets, as well as other valuable rights, against the possibility of loss which might result from failure to make the payment demanded, we are enclosing herewith our cheque in the amount of \$11,280,182.00 covering the amount of payment demanded and penalties. We continue to assert that the tax reported to be imposed by Section 25A of the Mineral Taxation Act and the Potash Reserve Tax Regulations of 1974, together with all determinations thereunder made by the Department of Mineral Resources, are invalid as beyond the constitutional powers of the Province and make such payment only under compulsion, without prejudice and under protest, and reserve all rights to the return of such monies should the *Act* and the Regulations or either of them be held to be beyond the powers of the Province of Saskatchewan.

The question of future payments, however, will be largely dependent upon the willingness of the Government to provide clear and unequivocal assurances that the monies heretofore paid, hereafter paid, and paid herewith, together with interest, will be returned by the Government in the event the legislation is determined to be *ultra vires* in the pending action.

I am sure you can appreciate the reasonableness of our position and would not expect that the Government of Saskatchewan, or yourself as Minister, would attempt to take the position that such sums as are paid under the impugned legislation should not be returned and should be kept by the Government notwithstanding that the legislation is ultimately declared to be *ultra vires*.

May we have your early reply setting forth your position and the position of the Government of Saskatchewan with respect to such assurances.

A cheque in the amount of \$11,280,182 accompanied the letter. The third, and final, letter in the exchange, from the Minister to the company, dated August 19, 1975, reads:

This is to acknowledge the receipt of your cheque in the amount of \$11,280,182.00.

boursées sans délai et avec intérêts par le gouvernement si nous obtenons gain de cause et que la loi est déclarée *ultra vires*. Il est raisonnable, vous en conviendrez sûrement, vu l'importance des sommes en cause, que nous exigeons cette assurance avant d'effectuer le paiement.

Compte tenu des termes de votre lettre du 7 août 1975 et du fait que nous pensons devoir protéger dès maintenant nos intérêts dans les mines et les biens qui s'y rattachent, ainsi que d'autres droits, contre toute perte qui pourrait résulter de notre refus d'acquiescer l'impôt demandé, vous trouverez ci-joint un chèque de \$11,280,182 couvrant le montant du paiement demandé et les pénalités. Nous maintenons toujours que l'impôt créé par l'article 25A de The Mineral Taxation Act et par The Potash Reserve Tax Regulations de 1974, ainsi que toutes les cotisations établies en vertu de ceux-ci par le ministre des Ressources naturelles, sont invalides parce qu'ils excèdent les pouvoirs constitutionnels de la Province. Nous effectuons ce paiement, uniquement sous contrainte, sans préjudice et sous protêt, et sous réserve de notre droit au remboursement de cette somme d'argent si la *Loi* et le règlement ou l'un d'eux sont déclarés *ultra vires* de la Législature de la province de la Saskatchewan.

Cependant, le sort des paiements à venir dépend essentiellement de la garantie claire et sans équivoque du gouvernement de rembourser, avec intérêts, toutes les sommes d'argent qu'il aura perçues, si la loi est déclarée *ultra vires* dans l'action en cours.

Nous sommes certains que vous jugerez notre point de vue raisonnable et que ni le gouvernement de la Saskatchewan, ni vous-même, en tant que Ministre, prétendriez ne pas rembourser les sommes d'argent versées aux termes de la loi contestée, au cas où celle-ci serait déclarée *ultra vires*.

Nous vous saurions gré de nous donner, dans les plus brefs délais, votre réponse et celle du gouvernement de la Saskatchewan à l'égard des garanties demandées.

Un chèque de \$11,280,182 était joint à la lettre. La troisième et dernière lettre de l'échange, datée du 19 août 1975 et adressée par le Ministre à la compagnie, se lit comme suit:

[TRADUCTION] Nous accusons réception par la présente du chèque de \$11,280,182 que vous nous avez fait parvenir.

Your company is one of the plaintiffs in an action in the Queen's Bench Court in which the legality of the potash reserve tax is an issue and the statement of claim in that case claims, among other things, "a declaration that the plaintiffs are entitled to be repaid all monies paid by them to the Government of Saskatchewan on account of the tax purported to be imposed by section 25A of the Mineral Taxation Act and the Potash Reserve Tax Regulations, 1974, with interest and, if necessary, an accounting and judgment therefor."

Under the circumstances, therefore, it would be improper and irresponsible and contrary to the public interest for me to provide assurances on a matter that is now before the Court.

The plaintiffs, confronted with the provisions of *The Mineral Taxation Act*, the validity of which they wished to test in a court of law, and uncertain as to the full implications of the final paragraph of the Minister's letter of August 7, paid under protest the tax then demanded. We were informed that, with the exception of one, the plaintiff companies have since continued to pay the tax, which the Chambers judge noted could amount to \$120,000,000 annually. The question which has been raised is whether s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act* is a bar to recovery of moneys so paid in the event it is ultimately determined that ss. 25 A and 28 A of *The Mineral Taxation Act* are *ultra vires* the Province.

In an attempt to avoid the possible consequences of s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act* the plaintiffs moved in the Court of Queen's Bench for an order, pursuant to the provisions of Rules 387 to 390 of the Rules of Practice and Procedure, for the preservation until trial or other disposition of the action, of the sums paid from time to time pursuant to the reserves tax legislation, on the following terms:

- (a) that any such sums as are paid from time to time by the Plaintiffs be paid to the Defendant pursuant to and by virtue of the Order and not pursuant to and by virtue of the aforesaid legislation;
- (b) that so long as such sums are paid by a Plaintiff pursuant to this Order each Plaintiff having so paid shall be deemed not to be in default under any of the provisions of the aforesaid legislation;

Votre compagnie est l'une des demandresses dans une action intentée devant la Cour du Banc de la Reine, pour contester la légalité de l'impôt sur les réserves de potasse et vous demandez notamment, dans votre déclaration «qu'il soit déclaré que les demandresses ont droit au remboursement de toutes les sommes d'argent qu'elles ont versées au gouvernement de la Saskatchewan au titre de l'impôt créé par l'article 25A de *The Mineral Taxation Act* et par *The Potash Reserve Tax Regulations, 1974*, et ce, avec intérêts et, si nécessaire, une reddition de compte, et un jugement à cet effet».

Par conséquent, il serait, dans les circonstances, inopportun, irresponsable et contraire à l'intérêt public de donner des garanties à l'égard d'une question pendante devant les tribunaux.

Les demandresses, face aux dispositions de *The Mineral Taxation Act* dont elles désiraient contester la validité devant les tribunaux et ne sachant au juste quelles étaient les conséquences réelles du dernier alinéa de la lettre du Ministre en date du 7 août, ont payé sous protêt l'impôt exigé. On nous a signalé qu'à l'exception d'une compagnie, les demandresses ont continué depuis à payer l'impôt que le juge en chambre a estimé à \$120,000,000 par an. La question soulevée est de savoir si le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act* empêche le recouvrement des sommes d'argent ainsi payées si les art. 25A et 28A de *The Mineral Taxation Act* sont déclarés *ultra vires* de la Législation provinciale.

Afin d'éviter les conséquences possibles du par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act*, les demandresses ont demandé à la Cour du Banc de la Reine, en vertu des règles 387 à 390 des Règles de pratique et de procédure, de prononcer aux conditions suivantes une ordonnance de conservation des sommes versées en vertu de la législation créant l'impôt sur les réserves, jusqu'à ce que l'action soit entendue ou qu'il en soit autrement disposé:

- [TRADUCTION] a) que toutes sommes versées, à l'occasion, par les demandresses soient versées au défendeur en vertu de l'ordonnance et non de la législation susmentionnée;
- b) qu'aussi longtemps qu'une demandresse verse ces sommes d'argent en vertu de la présente ordonnance, cette demandresse soit considérée comme ne contrevenant pas aux dispositions de la législation susmentionnée;

(c) that such sums as are paid by a Plaintiff pursuant to the Order be repaid by the Defendant to such Plaintiff in the event that such legislation is declared *ultra vires* by the Judgment ultimately delivered herein on the final disposition of this action following the trial thereof together with interest at such Plaintiff's borrowing rate from time to time, such rate to be determined by a reference to be directed thereafter if necessary.

The motion was dismissed by Johnson J. who wrote:

As I understand the reasoning of the plaintiffs for seeking this relief it is that if the sums levied against them are paid to the defendant pursuant to Court order they are of the opinion that they will not be precluded from taking action to recover from the Crown if section 25A and 28A of *The Mineral Taxation Act* and the regulations aforesaid are found to be *ultra vires* the Province of Saskatchewan. In brief, the plaintiffs seek to have the sums paid to the defendant pursuant to Court order and not pursuant to the legislation. I have given this matter careful and serious consideration and have concluded that I am unable to grant the plaintiffs the relief they seek. Briefly stated, the Court is unable to support any attempt by the plaintiffs to not comply with the clear provision of the statute, and the regulations, nor can it amend or repeal those provisions. It may be that the Province of Saskatchewan this year will collect taxes under a statute which is found invalid by the Courts next year and then claim immunity from recovery of the sums paid by the taxpayers by virtue of *The Proceedings against the Crown Act* but if that is the law in Saskatchewan the Courts can say nothing about the "wisdom or expediency or policy" of that legislation.

An appeal was then taken by the plaintiffs to the Court of Appeal for Saskatchewan. Chief Justice Culliton, in reasons for judgment of the Court of Appeal dismissing the appeal, was of opinion that s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act* precluded the recovery of taxes paid pursuant to the legislation or regulations even if the legislation or regulations should be found invalid. Dismissal of the appeal was supported on the further basis comprehended in two extracts from the reasons for judgment:

An application for the preservation of property under the Rules of Court must be to preserve property which is *bona fide* the subject of the action. Here it is not the

c) que le défendeur rembourse toutes sommes d'argent versées par une demanderesse en vertu de la présente ordonnance si la législation en question est déclarée *ultra vires* par le jugement rendu à l'issue du présent procès, plus les intérêts au taux d'emprunt de cette demanderesse, ce taux pouvant être déterminé ultérieurement par renvoi, si nécessaire.

Le juge Johnson a rejeté cette requête en ces termes:

[TRADUCTION] Si je comprends bien le raisonnement des demandereses, elles estiment que si les sommes prélevées sont versées au défendeur en vertu de l'ordonnance du tribunal, rien ne pourra les empêcher d'intenter contre la Couronne une action en recouvrement au cas où les art. 25A et 28A de *The Mineral Taxation Act* et le règlement susmentionné seraient déclarés *ultra vires* de la Législature de la Saskatchewan. En résumé, les demandereses souhaitent que les sommes dues au défendeur lui soient versées en vertu de l'ordonnance du tribunal plutôt qu'en vertu de la loi. Après un examen attentif de cette requête, je conclus que je ne peux y faire droit. En effet, la Cour ne peut sanctionner le refus de la part des demandereses de se conformer aux dispositions précises de la loi et des règlements, et elle ne peut non plus modifier ces dispositions ni les abroger. Il est possible que la province de la Saskatchewan perçoive cette année des impôts en vertu d'une loi qui sera déclarée invalide par les tribunaux l'année prochaine et qu'elle invoque par la suite l'immunité prévue à *The Proceedings against the Crown Act* contre toute tentative de recouvrement des sommes versées par les contribuables, mais si telle est la loi en Saskatchewan, les tribunaux ne peuvent se prononcer sur «la sagesse, l'opportunité ou la raison d'être» de cette législation.

Les demandereses ont interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de la Saskatchewan. Parlant au nom de la Cour d'appel, le juge en chef Culliton a rejeté l'appel au motif que le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act* empêche le recouvrement des impôts versés en vertu de la loi ou du règlement, même si cette loi ou ce règlement venaient à être déclarés invalides. L'appel a également été rejeté pour un autre motif qui ressort des deux extraits suivants des motifs de jugement:

[TRADUCTION] Une demande de conservation de biens en vertu des Règles de la Cour doit viser des biens qui font *bona fide* l'objet de l'action. En l'espèce, ce ne

money which is the subject matter of the action; the issue is simply whether there is any legal obligation to pay the tax imposed, the answer to which depends upon the validity of the legislation and regulations.

If the appellants are successful in the action, they are not deprived of the fruits of victory because the taxes have not been held in trust, either by a government or a receiver. If they are successful in the action, any deprivation of the fruits of victory results from the specific legislation which denies the rights of recovery of taxes paid under a statute which may subsequently be held to be invalid.

The learned Chief Justice observed in the following passage that, for the purpose of the application, the Court of Appeal must consider s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act* to be valid:

The present application by the plaintiffs is not an application for the preservation of property as contemplated by the Rules. It is an attempt to use the Rules respecting the preservation of property to defeat the clear words of the legislation—legislation which, for the purposes of this application, the Court must consider to be valid.

On a further appeal to this Court, the question as to the constitutionality of s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act* was framed; in response to the notice required by the Rules of this Court to be given to the Attorney General of Canada and to the Attorneys General of the Provinces, the Attorney General of Canada and the Attorney General of Alberta intervened in the appeal to this Court. The Attorney General of Canada says that the constitutional question, if it arises, should be answered in the negative; the Attorney General of Alberta says that it should be answered in the affirmative.

It should be emphasized *in limine* that the present proceedings are interlocutory in nature. The validity of ss. 25A and 28A of *The Mineral Taxation Act* remains to be litigated and I say nothing about the merits of that litigation. It is only *ex hypothesi* that reference is made to the possible invalidity of the impugned sections and to the rights of the parties in that eventuality.

sont pas les sommes d'argent qui sont en cause; le litige porte uniquement sur la question de savoir s'il existe une obligation légale de verser l'impôt demandé, et donc sur la question de la validité de la loi et du règlement.

Si les appelantes ont gain de cause, ce n'est pas parce que les impôts ne sont pas détenus par le gouvernement ou par un séquestre, qu'elles ne pourront pas récolter les fruits de leur victoire, mais uniquement parce qu'une disposition législative bien précise leur enlève le droit de recouvrer les impôts versés en vertu d'une loi qui peut subséquemment être déclarée invalide.

Le savant Juge en chef a indiqué dans le passage suivant qu'aux fins de la requête, la Cour d'appel doit considérer le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act* comme valide:

[TRADUCTION] Les demandresses ne demandent pas en l'espèce que soient prises des mesures de conservation de biens au sens des Règles. Elles tentent plutôt d'employer les règles relatives à la conservation de biens pour se soustraire à l'application de dispositions précises de la Loi—Loi que la Cour doit, aux fins de la présente requête, considérer comme valide.

Dans leur pourvoi devant cette Cour, les demandresses ont formulé la question de la constitutionnalité du par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act*; suite à l'avis qui, en conformité des Règles de cette Cour, a été donné au procureur général du Canada et aux procureurs généraux des provinces, le procureur général du Canada et le procureur général de l'Alberta sont intervenus dans le présent pourvoi. Le procureur général du Canada soutient que si on soulève la question constitutionnelle, cette Cour doit y répondre par la négative, tandis que le procureur général de l'Alberta soutient qu'il faut y répondre par l'affirmative.

Il convient de souligner en commençant que les présentes procédures sont de nature interlocutoire. La validité des art. 25A et 28A de *The Mineral Taxation Act* reste toujours à trancher et je ne me prononce pas sur le fond de ce litige. Toute référence à l'invalidité possible des articles contestés et aux droits des parties dans cette éventualité est une simple hypothèse de travail.

There are essentially three questions to be decided in this appeal: (i) whether a constitutional issue arises at all with respect to s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act*; (ii) if so, whether s. 5(7) is *intra vires* in so far as it purports to bar recovery of taxes paid under the circumstances stated in the constitutional question which has been presented; (iii) whether an order for interim relief and interim preservation of property should be issued.

The Attorney General of Canada in his factum asserts that there is no need to deal with the issue of the constitutional validity of s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act*. He argues that declaratory actions fall traditionally under s. 44(17) of *The Queen's Bench Act* R.S.S. 1965, c. 73, and thus the Court need never reach s. 4 of *The Proceedings against the Crown Act* which removes the need for a *fiat* in order to sue the Crown. Section 44(17) of the *Queen's Bench Act* provides:

No action or proceeding shall be open to objection on the ground that a merely declaratory judgment or order is sought thereby, and the court may make binding declarations of right whether any consequential relief is or can be claimed or not.

The submission rests on the proposition that s. 44(17) eliminates the need for a *fiat*. Section 44(17) merely removes objection to an action on the ground that it is a declaratory action; it does not remove all procedural requisites such as the necessity for a *fiat* before proceeding against the Crown. That imperative is removed by s. 4 of *The Proceedings against the Crown Act*. That act also embodies many rules affecting actions against the Crown, such as jurisdiction of the courts, appeals, and service. I am satisfied that the main action should properly be regarded as a proceeding under *The Proceedings against the Crown Act*.

Le présent pourvoi porte essentiellement sur les trois questions suivantes: (i) le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act* soulève-t-il une question constitutionnelle? (ii) dans l'affirmative, le par. 5(7) est-il *intra vires* dans la mesure où il vise à empêcher le recouvrement des impôts payés dans les circonstances décrites dans la question constitutionnelle soumise? (iii) y a-t-il lieu de rendre une ordonnance interlocutoire de conservation provisoire de biens?

Dans son factum, le procureur général du Canada affirme qu'il n'est pas nécessaire de traiter de la constitutionnalité du par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act*. Selon son argumentation, les actions en vue d'obtenir un jugement déclaratoire sont traditionnellement régies par le par. 44(17) de *The Queen's Bench Act*, R.S.S. 1965, c. 73 de sorte que la Cour n'a pas à recourir à l'art. 4 de *The Proceedings against the Crown Act*, ce qui permet de poursuivre la Couronne sans en avoir auparavant obtenu l'autorisation. Le par. 44(17) de *The Queen's Bench Act* est ainsi libellé:

[TRADUCTION] Nul ne peut faire objection à une action ou à des procédures pour le motif qu'elles visent simplement l'obtention d'un jugement ou d'une ordonnance déclaratoire, et la cour peut statuer sur les droits des parties qu'il soit possible ou non de réclamer un redressement à cet égard.

Il soutient donc que le par. 44(17) élimine la nécessité d'une autorisation de poursuivre. Toutefois, ce paragraphe élimine simplement toute opposition à une action pour le motif qu'il s'agit d'une action visant l'obtention d'un jugement déclaratoire; il n'élimine pas toutes les exigences de procédure, telle la nécessité d'obtenir une autorisation de poursuivre avant d'instituer des procédures contre la Couronne. C'est l'art. 4 de *The Proceedings against the Crown Act* qui élimine cette exigence. Cette loi énonce également plusieurs règles applicables aux actions contre la Couronne, ayant trait, notamment, à la juridiction des tribunaux, aux appels et à la signification. Je suis convaincu que l'action principale peut, à bon droit, être considérée comme une procédure assujettie à *The Proceedings against the Crown Act*.

The Attorney General of Canada in his factum argues in the alternative that even if the action is under the Act, the issue here is not within s. 5(7), for it is an action framed in respect of moneys paid under compulsion or mistake of fact and not in respect of anything done "in the exercise of a power or authority under a statute" (s. 5(7)). The proposition is somewhat tenuous for it can well be said that the money was paid because the Government asserted *statutory* power to collect it. I agree with the views expressed in the Saskatchewan Courts that s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act* applies if one concludes that the section is *intra vires*.

The respondent Government of Saskatchewan submits that s. 5(7) is valid under head 1 of s. 92 of *The British North America Act, 1867*, i.e. amendment from time to time of the Constitution of the Province and that it draws authority from heads (13), (14) and (16) of s. 92. The question of validity of s. 5(7) is characterized as one turning on a Legislature's authority to legislate with respect to Crown immunity. It is argued that a provincial Legislature can expand or contract the scope of litigation against the Crown and that s. 5(7) is only a limitation on actions against the Crown. Reliance is placed on the interpretation given to s. 5(7) by Gordon J.A. in *Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan*², where it was said at p. 487:

So far as I can see, the Province had full authority to state what actions might be brought against the Crown in the right of the Province and if the above amendment of 1956 had been included in the original Act, I cannot see that there would be any objection to it.

Gordon J.A. was in dissent in the case, and he was the only member of the Court of Appeal to address the issue. With deference, I think one must be cautious about adopting the interpretation placed upon s. 5(7) by Mr. Justice Gordon.

² (1958), 16 D.L.R. (2d) 465, aff'd. [1960] S.C.R. 619.

Le procureur général du Canada allègue subsidiairement dans son factum que même si l'action est assujettie aux dispositions de la Loi, le présent litige ne relève pas du par. 5(7) puisqu'il s'agit d'une action intentée à l'égard de sommes d'argent payées sous la contrainte ou suite à une erreur et non d'une action intentée au regard d'un acte accompli «dans l'exercice d'un pouvoir conféré... en vertu d'une loi» (par. 5(7)). Cet argument est plutôt faible parce qu'on peut très bien dire que ces sommes d'argent ont été payées parce que le gouvernement a fait valoir un pouvoir *statutaire* pour les percevoir. Je partage le point de vue exprimé par les tribunaux de la Saskatchewan selon lequel le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act* s'applique si l'on conclut qu'il est *intra vires*.

Le gouvernement de la Saskatchewan, intimé, prétend que le par. 5(7) est valide en vertu du par. (1) de l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, c.-à-d. la modification, à l'occasion, de la constitution de la province, et qu'il tire son autorité des par. (13), (14) et (16) de l'art. 92. Il estime que la question de la validité du par. 5(7) dépend du pouvoir d'une législature de légiférer à l'égard de l'immunité de la Couronne. Il allègue qu'une législature provinciale peut étendre ou restreindre le champ d'application des recours contre la Couronne et que le par. 5(7) n'est qu'une restriction imposée aux actions contre la Couronne. Il se fonde à cet égard sur l'interprétation que le juge Gordon a donnée au par. 5(7) dans *Cairns Construction Ltd. c. Le gouvernement de la Saskatchewan*² où il dit à la p. 487:

[TRADUCTION] Selon moi, il n'y a aucun doute que la province avait le pouvoir d'édicter quelles actions peuvent être intentées contre la Couronne du chef de la province, et si la modification de 1956 susmentionnée avait été incluse dans la première Loi, je ne crois pas que l'on pourrait y faire objection.

Le juge Gordon était en dissidence dans cette affaire et il est le seul membre de la Cour d'appel à avoir abordé cette question. Avec égards, j'estime qu'on doit considérer avec prudence cette interprétation du par. 5(7) par le juge Gordon.

² (1958), 16 D.L.R. (2d) 465, conf. par. [1960] R.C.S. 619.

A state, it is said, is sovereign and it is not for the Courts to pass upon the policy or wisdom of legislative will. As a broad statement of principle that is undoubtedly correct, but the general principle must yield to the requisites of the constitution in a federal state. By it the bounds of sovereignty are defined and supremacy circumscribed. The Courts will not question the wisdom of enactments which, by the terms of the Canadian Constitution are within the competence of the Legislatures, but it is the high duty of this Court to insure that the Legislatures do not transgress the limits of their constitutional mandate and engage in the illegal exercise of power. Both Saskatchewan and Alberta inform the Court that justice and equity are irrelevant in this case. If injustice results, it is the electorate which must administer a rebuke, and not the Courts. The two Provinces apparently find nothing inconsistent or repellent in the contention that a subject can be barred from recovery of sums paid to the Crown under protest, in response to the compulsion of the legislation later found to be *ultra vires*.

Section 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act*, in my opinion, has much broader implications than mere Crown immunity. In the present context, it directly concerns the right to tax. It affects, therefore, the division of powers under *The British North America Act, 1867*. It also brings into question the right of a Province, or the federal Parliament for that matter, to act in violation of the Canadian Constitution. Since it is manifest that if either the federal Parliament or a provincial Legislature can tax beyond the limit of its powers, and by prior or *ex post facto* legislation give itself immunity from such illegal act, it could readily place itself in the same position as if the act had been done within proper constitutional limits. To allow moneys collected under compulsion, pursuant to an *ultra vires* statute, to be retained would be tantamount to allowing the provincial Legislature to do indirectly what it could not do directly, and by covert means to impose illegal burdens.

On dit qu'un État est souverain et qu'il n'appartient pas aux tribunaux de juger de la raison d'être ni de la sagesse de la volonté expresse du législateur. En tant que déclaration de principe, c'est indubitablement exact, mais dans un État fédéral, le principe général doit céder devant les exigences de la constitution qui définit les limites de la souveraineté et de la suprématie. Les tribunaux ne mettront pas en doute la sagesse des textes législatifs qui, aux termes de la Constitution canadienne, relèvent de la compétence des législatures, mais une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs. La Saskatchewan et l'Alberta ont fait savoir à cette Cour que les notions de justice et d'équité ne sont pas pertinentes en l'espèce. S'il en résulte une injustice, c'est à l'électorat qu'il appartient de la corriger et non aux tribunaux. Apparemment les deux provinces ne trouvent rien d'incohérent ni d'anormal à interdire à un sujet de recouvrer des sommes d'argent payées sous protêt à la Couronne en exécution d'une loi subséquemment jugée *ultra vires*.

A mon avis, le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act* va beaucoup plus loin que de simplement accorder une immunité à la Couronne. Dans le présent contexte, il touche directement au droit de lever des impôts. Par conséquent, il touche à la répartition des pouvoirs prévue à l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1867*. Il soulève également la question du droit d'une province, ou même du Parlement fédéral, de violer la constitution canadienne. Il est évident que si le Parlement fédéral ou une législature provinciale peuvent imposer des impôts en outrepassant leurs pouvoirs et se donner à cet égard une immunité par le biais d'une loi existante ou *ex post facto*, ils pourraient ainsi se placer dans la même situation que s'ils avaient agi en vertu de leurs pouvoirs constitutionnels respectifs. Refuser la restitution de revenus perçus sous la contrainte en vertu d'une loi *ultra vires* revient à permettre à la législature provinciale de faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement, et imposer des obligations illégales par des moyens détournés.

There are no Canadian constitutional law precedents addressed directly to the present issue but an analogy can be drawn to the inability of the Provinces to limit judicial review of constitutionality (*Attorney General of Alberta v. Attorney General of Canada*³), and some authority can be drawn from the case of *British Columbia Power Corporation, Ltd. v. British Columbia Electric Co. Ltd.*⁴, where Kerwin C.J. said, in appointing a receiver to preserve the assets of British Columbia Electric Company Limited pending determination of ownership of assets, at p. 644:

In a federal system, where legislative authority is divided, as are also the prerogatives of the Crown, as between the Dominion and the Provinces, it is my view that it is not open to the Crown, either in right of Canada or of a Province, to claim a Crown immunity based upon an interest in certain property, where its very interest in that property depends completely and solely on the validity of the legislation which it has itself passed, if there is a reasonable doubt as to whether such legislation is constitutionally valid. To permit it to do so would be to enable it, by the assertion of rights claimed under legislation which is beyond its powers, to achieve the same results as if the legislation were valid. In a federal system it appears to me that, in such circumstances, the Court has the same jurisdiction to preserve assets whose title is dependent on the validity of the legislation as it has to determine the validity of the legislation itself.

It is true that the issue in the *British Columbia Electric* case was not taxation nor the constitutionality of a provision such as s. 5(7) but rather the Crown's immunity from a judicial order. The present case, however, would seem to be governed by the very considerations which led to the decision in the earlier case. In each case, the concern is with the preservation of the Constitution which is paramount.

A cause bearing marked similarity to the one at bar is *Antill Ranger and Company Proprietary Ltd. v. Commissioner for Motor Transport*⁵, decided by the High Court of Australia and

La jurisprudence en droit constitutionnel canadien n'a jamais traité directement de cette question, mais il est possible de tirer un parallèle entre cette question et l'inhabilité des provinces à restreindre le contrôle judiciaire de la constitutionnalité (*Le procureur général de l'Alberta c. Le procureur général du Canada*³), et on peut s'appuyer jusqu'à un certain point sur *British Columbia Power Corporation, Ltd. c. British Columbia Electric Company Ltd.*⁴ où le juge en chef Kerwin, en nommant un séquestre pour administrer les biens de British Columbia Electric Company Limited en attendant que soit tranchée la question de la propriété de ces biens, a tenu les propos suivants (à la p. 644):

[TRADUCTION] A mon avis, dans un système fédératif où l'autorité législative se divise, comme les prerogatives de la Couronne, entre le Dominion et les provinces, il n'est pas permis à la Couronne, du chef du Canada ou d'une province, de réclamer une immunité fondée sur un droit dans certaine propriété, lorsque ce droit dépend entièrement et uniquement de la validité de la législation qu'elle a elle-même passée, s'il existe un doute raisonnable quant à la validité constitutionnelle de cette législation. Lui permettre d'agir ainsi serait lui permettre, par l'exercice de droits en vertu d'une législation qui excède ses pouvoirs, d'obtenir le même résultat que si cette législation était valide. Dans un système fédératif, il me semble qu'en pareille circonstance, le tribunal a la même compétence pour préserver des biens dont le titre dépend de la validité d'une législation que pour établir la validité de la législation elle-même.

Il est vrai qu'il n'était pas question dans *British Columbia Electric* de fiscalité ni de constitutionnalité d'une disposition législative comme le par. 5(7), mais plutôt de l'immunité de la Couronne à l'égard de l'ordonnance d'un tribunal. Toutefois, le présent litige me semble régi par les mêmes considérations. Dans les deux cas, la préoccupation majeure est la sauvegarde de la Constitution.

*Antill Ranger and Company Proprietary Ltd. v. Commissioner for Motor Transport*⁵, une décision de la Haute Cour d'Australie, confirmée par le Conseil privé sous l'intitulé *Commissioner for*

³ [1943] A.C. 356.

⁴ [1962] S.C.R. 642.

⁵ (1955), 93 C.L.R. 83.

³ [1943] A.C. 356.

⁴ [1962] R.C.S. 642.

⁵ (1955), 93 C.L.R. 83.

affirmed by the Privy Council *sub nom. Commissioner for Motor Transport v. Antill Ranger and Company*⁶. In that case, the State of New South Wales enacted special legislation to bar claims arising out of the Privy Council's decision that a licensing statute, the *State Transport (Coordination) Act, 1931-1951* (N.S.W.), was *ultra vires*. The High Court held, and the Privy Council agreed, that such a "barring" statute was *ultra vires*, for otherwise the constitutional provisions would be undermined. In oral argument before us, the respondent sought to distinguish the *Antill* case on the basis of s. 78 of the Australian Constitution. That section was not the determining consideration in the decision of either the Australian High Court or the Privy Council. The section is merely a procedural provision to enable the federal Parliament of Australia to enact legislation allowing suit against the federal and state governments in specified courts.

The principle governing this appeal can be shortly and simply expressed in these terms: if a statute is found to be *ultra vires* the legislature which enacted it, legislation which would have the effect of attaching legal consequences to acts done pursuant to that invalid law must equally be *ultra vires* because it relates to the same subject-matter as that which was involved in the prior legislation. If a state cannot take by unconstitutional means it cannot retain by unconstitutional means. The same thought found expression in the headnote to the *Antill* case, *supra*, in these words:

...the immunity accorded by that Act (the *Barring Act* of 1954) to the unlawful exactions was as offensive to the Constitution as the unlawful exactions themselves. . .

Counsel for respondent placed great reliance upon *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools v. The Quebec Bank*⁷, but on examination the decision will be found to give no support to respondent's arguments. In that case the appellants, the Trustees for the Roman Catholic Sepa-

⁶ [1956] A.C. 527 (P.C.).

⁷ [1920] A.C. 230.

*Motor Transport v. Antill Ranger and Company*⁶, ressemble beaucoup au présent litige. Dans cette affaire-là, l'État de la Nouvelle-Galles du Sud avait adopté une loi spéciale interdisant toute réclamation résultant d'une décision du Conseil privé déclarant *ultra vires* une loi visant l'octroi de permis, savoir la *State Transport (Coordination) Act, 1931-1951*. La Haute Cour a déclaré, et le Conseil privé lui a donné raison, une telle loi «prohibitive» *ultra vires*, car elle portait atteinte aux dispositions constitutionnelles. Dans sa plaidoirie devant nous, l'intimé a cherché à faire une distinction entre *Antill* et le présent litige en se fondant sur l'art. 78 de la Constitution australienne. Ni la Haute Cour australienne ni le Conseil privé ne s'étaient fondés sur cet article pour trancher le litige. Il ne s'agissait que d'une disposition de procédure autorisant le Parlement fédéral d'Australie à adopter des lois permettant d'intenter des actions devant certains tribunaux contre le gouvernement fédéral et les gouvernements des États.

On peut résumer le principe régissant le présent pourvoi en ces termes: si une loi est déclarée *ultra vires* de la législature qui l'a adoptée, toute législation qui aurait pour effet d'attacher des conséquences juridiques aux actes accomplis en exécution de la loi invalide est également *ultra vires* puisqu'elle a trait à l'objet même de la première loi. Un État ne peut conserver par des mesures inconstitutionnelles ce qu'il ne peut prendre par de telles mesures. Cette même réflexion a été formulée en ces termes dans le sommaire de l'affaire *Antill*, précitée:

[TRADUCTION] . . . l'immunité accordée par cette Loi (la *Barring Act* de 1954) à l'égard d'exactions porte autant atteinte à la Constitution que les exactions elles-mêmes . . .

L'avocat de l'intimé s'appuie surtout sur *Syndic des écoles catholiques romaines séparées c. La Banque de Québec*⁷, mais l'examen de cette décision révèle qu'elle n'étaye en rien son argumentation. Dans cette affaire-là, l'appelant, le Syndic des écoles catholiques séparées d'Ottawa, avait

⁶ [1956] A.C. 527 (C.P.).

⁷ [1920] A.C. 230.

rate Schools of Ottawa, refused to conduct the schools in accordance with regulations made by the Department of Education for the Province. The Legislature of Ontario thereupon passed an Act purporting to authorize the appointment of Commissioners to take over the management of the schools. Although the Legislature exclusively, under the Constitution, could make laws in relation to education, the Privy Council held that the Act was *ultra vires* under s. 93(1) of *The British North America Act, 1867* which provided that nothing in such laws should prejudicially affect any right or privilege with respect to denominational schools which any class of persons had by law in the Province at the Union. During the period from the appointment of the Commissioners in July 1915 until the statute was declared invalid in November 1916, the Commissioners drew and expended moneys standing to the credit of the appellants with bankers and incurred liabilities to bankers. By statute, the Legislature of Ontario enacted that the expenditure was to be deemed to have been made for, and at the request of the appellants, and that the liabilities were to be liabilities of the appellants. It was conceded that the money spent and the liability incurred was spent and incurred in the carrying on of the schools in a proper manner. The appellants could not say that the money, if they had had it, would not have been spent on the same purposes. If the contentions of the appellants, who attacked the later legislation, were given effect the result, Lord Dunedin said, would have been that the schools would have been carried on by funds provided gratuitously by the banks or by the individual Commissioners and the appellants would be in possession of funds which would form a gratuitous bonus in their hands. Their Lordships held that the later Act was not *ultra vires*. Apart altogether from the striking difference in the factual position, that case was not concerned with federal-provincial division of powers nor with the assertion by a Province of a right to retain moneys exacted illegally and under protest. For the same reason, I do not find *Vancouver Growers Ltd. v. McLenan and B.C. Coast Vegetable Marketing Board*⁸ cited by

⁸ [1937] 3 W.W.R. 119.

refusé d'administrer les écoles conformément aux règlements établis par le ministère de l'Éducation de la Province. La Législature de l'Ontario a alors adopté une loi visant la nomination de commissaires chargés de prendre en main l'administration des écoles. Bien qu'aux termes de la Constitution, seule la Législature soit autorisée à légiférer en matière d'éducation, le Conseil privé a déclaré cette loi *ultra vires* en vertu du par. 93(1) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, qui prévoit que rien dans ces lois ne doit préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles. Entre la date de leur nomination, en juillet 1915, et la date où la loi a été déclarée invalide, en novembre 1916, les commissaires ont retiré et dépensé des sommes d'argent inscrites au crédit de l'appelant chez certains banquiers et ont contracté des dettes envers ces derniers. La Législature de l'Ontario a alors adopté une loi précisant que ces dépenses devaient être considérées comme ayant été faites pour l'appelant et à sa demande, et que les dettes étaient maintenant celles de l'appelant. On a admis que l'argent dépensé et les dettes contractées l'ont été dans le cadre de l'administration normale des écoles. L'appelant n'a pu affirmer que l'argent, s'il en avait eu la gestion, n'aurait pas été dépensé aux mêmes fins. Selon lord Dunedin, faire droit aux prétentions de l'appelant, qui a attaqué la validité de cette dernière loi, reviendrait à admettre que les écoles avaient été administrées avec des fonds fournis gratuitement par les banques ou par les commissaires et que l'appelant avait en sa possession des fonds qui constitueraient un bénéfice indu. Leurs Seigneuries ont décidé que cette loi n'était pas *ultra vires*. En plus de l'énorme différence au niveau des faits, cette affaire-là ne portait aucunement sur la répartition des pouvoirs entre le fédéral et le provincial, ni sur la revendication par une province du droit de conserver des sommes d'argent illégalement exigées et payées sous protêt. Pour les mêmes motifs, j'estime que *Vancouver Growers Ltd. v. McLenan and B.C. Coast Vegetable Marketing Board*⁸, invoquée par

⁸ [1937] 3 W.W.R. 119.

respondent, to be helpful.

For the foregoing reasons, I have concluded that s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act* is *ultra vires* the Province of Saskatchewan in so far as it purports to bar the recovery of taxes paid under a statute or statutory provision which is beyond the legislative jurisdiction of the Legislature of Saskatchewan.

The next question concerns the matter of an interim order. The respondent argues that an order for interim preservation of property is unnecessary if s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act* is *ultra vires*. The appellants request an order for the preservation of the sums paid from time to time by the appellants pursuant to the tax purported to be imposed by s. 25A of *The Mineral Taxation Act* and the Regulations, until the trial or other disposition of the action, on the terms (a), (b) and (c) set out in the notice of motion, which for ease of reference I now repeat:

(a) that any such sums as are paid from time to time by the Plaintiffs be paid to the Defendant pursuant to and by virtue of the Order and not pursuant to and by virtue of the aforesaid legislation;

(b) that so long as such sums are paid by a Plaintiff pursuant to this Order each Plaintiff having so paid shall be deemed not to be in default under any of the provisions of the aforesaid legislation;

(c) that such sums as are paid by a Plaintiff pursuant to the Order be repaid by the Defendant to such Plaintiff in the event that such legislation is declared *ultra vires* by the Judgment ultimately delivered herein on the final disposition of this action following the trial thereof together with interest at such Plaintiff's borrowing rate from time to time, such rate to be determined by a reference to be directed thereafter if necessary.

Counsel for appellants concedes that, pending the outcome of the main action, the respondent should have the use of any tax moneys paid by appellants to the respondent.

If, as I deem, a negative answer should be given to the constitutional question which has been raised, then (a) and (b) of the terms recited in the notice of motion would not seem to be necessary

l'intimé, ne lui est d'aucun secours.

Pour tous ces motifs, je conclus que le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act* est *ultra vires* de la Législature de la Saskatchewan dans la mesure où il vise à empêcher le recouvrement d'impôts payés en vertu d'une loi ou d'une disposition législative qui outrepassé la compétence de ladite Législature.

Venons-en maintenant à la question de l'ordonnance provisoire. L'intimé prétend qu'une ordonnance de conservation provisoire de biens n'est pas nécessaire si le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act* est *ultra vires*. Les appelantes demandent à cette Cour d'ordonner la conservation des sommes qu'elles ont payées, au titre de l'impôt créé par l'art. 25A de *The Mineral Taxation Act* et son règlement d'application, jusqu'à ce que l'action soit entendue ou qu'il en soit autrement disposé et aux conditions a), b) et c) énoncées dans l'avis de requête, que je cite de nouveau pour plus de commodité:

[TRADUCTION] a) que toutes sommes versées, à l'occasion, par les demanderesse soient versées au défendeur en vertu de l'ordonnance et non de la législation susmentionnée;

b) qu'aussi longtemps qu'une demanderesse verse ces sommes d'argent en vertu de la présente ordonnance, cette demanderesse soit considérée comme ne contrevenant pas aux dispositions de la législation susmentionnée;

c) que le défendeur rembourse toutes sommes d'argent versées par une demanderesse en vertu de la présente ordonnance si la législation en question est déclarée *ultra vires* par le jugement rendu à l'issue du présent procès, plus les intérêts au taux d'emprunt de cette demanderesse, ce taux pouvant être déterminé ultérieurement par renvoi, si nécessaire.

L'avocat des appelantes admet qu'en attendant l'issue de l'action principale, l'intimé doit pouvoir employer les impôts qu'elles lui ont versés.

Si, comme je le crois, il faut répondre par la négative à la question constitutionnelle, les conditions a) et b) énoncées dans l'avis de requête deviennent alors inutiles, et il ne reste plus qu'à

and the only question would be whether an order should go for preservation of the sums paid, subject to term (c).

Rules 387 and 390 of the *Queen's Bench Rules* of Saskatchewan read:

387. Subject to the provisions of *The Queen's Bench Act*, interim orders for *mandamus* or an injunction or the appointment of a receiver or for the interim preservation of property may be made by the court on a *ex parte* application or upon notice as the court may direct.

390. The court may upon the application of any party to a cause or matter and upon such terms as may be just take an order for the detention or preservation of any property or thing, being the subject of such cause or matter, or which may be evidence on any issue arising therein and may make an order for the inspection of any such property by either of the parties or their respective agents, and may permit the same to be photographed; and for all or any of the purposes aforesaid may authorize any person or persons to enter upon or into any land or building in the possession of any party to such cause or matter and for all or any of the purposes aforesaid may authorize any samples to be taken or any observations to be made or experiment to be tried, which may be necessary or expedient for the purpose of obtaining full information or evidence. Provided that no order shall be made for the detention or preservation of any property or any part thereof which shall prejudice any party in his business, profession, trade or calling, unless full compensation is paid by the applicant before such order is issued.

The learned Chief Justice of Saskatchewan, relied upon Johnson J. in *Canadian Industrial Gas and Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan and Attorney General for Saskatchewan*⁹ (adopting Romer J. in *Underhill v. Ministry of Food*¹⁰ and the English Court of Appeal in *International General Electric Company of New York Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise*¹¹) in holding that under s. 17(2) of *The Proceedings against the Crown Act* of Saskatchewan the Court had no jurisdiction to make an interim declaratory order

trancher la question de savoir s'il convient d'ordonner la conservation des sommes payées aux termes de la condition c).

Les règles 387 et 390 de *The Queen's Bench Rules* de la Saskatchewan sont libellées comme suit:

[TRADUCTION] 387. Sous réserve des dispositions de *The Queen's Bench Act*, la cour peut, après dépôt d'une requête *ex parte* ou sur avis donné de la façon prescrite par la cour, prononcer une ordonnance provisoire accordant un *mandamus* ou une injonction ou portant nomination d'un séquestre ou conservation provisoire de biens.

390. La cour peut, sur demande d'une partie à un litige et à des conditions jugées équitables, prononcer une ordonnance de mise sous séquestre ou de conservation d'un bien ou d'une chose faisant l'objet du litige en question, ou qui est susceptible d'être produit en preuve au cours de l'audition de ce litige, et elle peut prononcer une ordonnance autorisant l'inspection de ce bien par les parties ou leurs représentants respectifs, et elle peut permettre que ce bien soit photographié; à ces fins, elle peut autoriser une ou plusieurs personnes à pénétrer sur un terrain ou dans un immeuble en la possession d'une des parties au litige et autoriser le prélèvement d'échantillons, ou autoriser toute observation ou expérience qui peut être utile aux fins d'obtenir des preuves ou des renseignements complets. Aucune ordonnance de mise sous séquestre ou de conservation d'un bien ou d'une partie de celui-ci et qui serait préjudiciable à une partie dans l'exercice de son commerce, de sa profession ou de son métier ne peut être prononcée à moins que le requérant n'indemnise complètement cette partie avant que l'ordonnance soit prononcée.

Le savant Juge en chef de la Saskatchewan s'est fondé sur les motifs du juge Johnson dans *Canadian Industrial Gas and Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan and Attorney General for Saskatchewan*⁹, faisant siens les motifs prononcés par le juge Romer dans *Underhill v. Ministry of Food*¹⁰ et de la Cour d'appel d'Angleterre dans *International General Electric Company of New York Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise*¹¹. Il conclut qu'aux termes du par. 17(2) de *The Proceedings against the Crown Act* de la Saskatche-

⁹ [1974] 4 W.W.R. 557.

¹⁰ [1950] 1 All E.R. 591.

¹¹ [1962] Ch. 784.

⁹ [1974] 4 W.W.R. 557.

¹⁰ [1950] 1 All E.R. 591.

¹¹ [1962] Ch. 784.

in interlocutory proceedings. The Chief Justice referred to s. 17(4) but this would appear to have been inadvertent. Section 17(2) reads:

(2) Where, in proceedings against the Crown, any relief is sought that might, in proceedings between persons, be granted by way of injunction or specific performance, the court shall not, as against the Crown, grant an injunction or make an order for specific performance, but may in lieu thereof make an order declaratory of the rights of the parties.

In *Underhill* the plaintiff, a manufacturer of unrationed sweets, by motion sought an order that the Ministry of Food might be restrained until the trial of the action or further order from putting into effect a proposal to bring within the rationing system sweets made from unallocated ingredients not previously subject to the controls of the rationing system. It was conceded at the hearing that the plaintiffs could not be granted an interlocutory injunction. Romer J. held that the reference in the *Crown Proceedings Act, 1947*, s. 21(1)(a) (from which s. 17(2) of *The Proceedings against the Crown Act, 1947* was obviously derived), to a declaration of the rights of the parties in lieu of an injunction, related to a final declaration and had no application where interlocutory relief was sought; therefore the Court had no jurisdiction to make the order. In *Underhill* what was in fact being asked for was an interim injunction and to that end an interim declaration on the merits of the underlying issues. In the present proceedings, counsel for the appellants assured the Court that he was not asking for injunctive relief in form or in substance.

In the *International General Electric* case, *supra*, the English subsidiary of the American parent company had for many years been importing a variety of goods, mainly concerned with the electrical industry, under a device mark which had the initials "GE" enclosed in a circle with a device round it. In March 1962, certain consignments

wan, la Cour n'avait pas compétence pour prononcer une ordonnance déclaratoire provisoire dans des procédures interlocutoires. Le Juge en chef s'est reporté au par. 17(4), mais il semble que ce soit une inadvertance. Le par. 17(2) est ainsi libellé:

[TRADUCTION] (2) Lorsque, dans des procédures contre la Couronne, on demande un redressement qui, dans des procédures entre particuliers, pourrait être obtenu par injonction ou par exécution intégrale, la cour ne doit pas accorder une injonction ni ordonner l'exécution intégrale à l'encontre de la Couronne, mais elle peut rendre une ordonnance déclaratoire des droits des parties.

Dans *Underhill*, le demandeur, un fabricant de confiseries non rationnées, cherchait à obtenir, par requête, une ordonnance pour empêcher le ministère de l'Alimentation de donner suite, jusqu'à ce que l'action soit entendue ou qu'une autre ordonnance soit prononcée, au projet de soumettre au rationnement des confiseries fabriquées à partir d'ingrédients non réglementés qui n'étaient pas auparavant assujettis au rationnement. Il fut admis à l'audition de la requête que l'injonction interlocutoire ne pouvait être accordée au demandeur. Le juge Romer conclut que l'al. 21(1)a de la *Crown Proceedings Act, 1947* (dont découle manifestement le par. 17(2) de *The Proceedings against the Crown Act, 1947*), en mentionnant la possibilité de prononcer un jugement déclaratoire au lieu d'une injonction, visait un jugement final et ne s'appliquait pas lorsque le redressement demandé était de nature interlocutoire; par conséquent, la Cour n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance. Dans *Underhill*, on demandait en fait une injonction provisoire et, à cette fin, une déclaration provisoire sur le bien-fondé du litige. Dans les présentes procédures, l'avocat des appelantes a assuré la Cour qu'il ne demandait en aucune façon une décision provisoire sur le fond du litige.

Dans *International General Electric*, précitée, une filiale anglaise d'une compagnie américaine avait importé pendant plusieurs années diverses marchandises, surtout des appareils électriques, portant une marque figurative composée des initiales «GE» entourées d'un dessin. En mars 1962, certaines expéditions de marchandises ont été gar-

were stopped by the Commissioners of Customs and Excise on the ground that the importation into England infringed the *Merchandise Marks Act* because it was said that the goods infringed the mark "GEC" alleged to be the trade mark of General Electric Co. Ltd., a large English company. The plaintiff then moved for an interim declaration that, *inter alia*, the defendants were not entitled to detain merchandise of the plaintiffs marketed in relation to a device mark containing the letters "GE". The Court held that the declaratory order sought would declare finally the rights of the parties and therefore the Court had no jurisdiction under the *Crown Proceedings Act* to make the order. As in *Underhill* what was in effect being sought was an interim injunction and an interim declaratory order ostensibly intended to preserve the *status quo* but in truth declaring the rights of the parties. And so it was in the *Canadian Industrial Gas & Oil* case which came before Johnson J. The plaintiffs there sought to have *The Oil and Gas Conservation, Stabilization and Development Act, 1973*, which made provision for certain levies, declared *ultra vires* the Province of Saskatchewan. After the action was instituted and because the plaintiff refused to make payment of the sums levied by the legislation, the Saskatchewan Government advised the plaintiff that it intended forthwith to cancel all the Crown petroleum and natural gas leases held by the plaintiff and which were in default with respect to the sums payable under the impugned legislation. Johnson J. held that he had no power to make an interim declaration restraining the Saskatchewan Government. With great respect, I do not think that s. 17(2) of *The Proceedings against the Crown Act* or any of the three cases cited by the learned Chief Justice touches the question now before us. Neither the determination of constitutional validity of s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act* nor an order for preservation of assets is in the nature of relief by way of injunction, or specific performance, or an interim declaration of the rights of the parties on the

dées en douane par les commissaires aux douanes et accise au motif que l'importation en Angleterre de ces marchandises enfreignait la *Merchandise Marks Act*. On a allégué qu'il y avait contrefaçon de la marque «GEC», marque de commerce de General Electric Co. Ltd., une importante compagnie anglaise. La demanderesse s'est alors adressée au tribunal pour obtenir une déclaration provisoire qui préciserait, entre autres choses, que les défendeurs n'avaient pas le droit de garder ses marchandises commercialisées sous une marque figurative composée des lettres «GE». La Cour a décidé que l'ordonnance déclaratoire recherchée déterminerait définitivement les droits des parties et que, par conséquent, la Cour n'avait pas compétence en vertu de la *Crown Proceedings Act* pour la prononcer. Comme dans *Underhill* on cherchait en fait à obtenir une injonction provisoire et une ordonnance déclaratoire provisoire visant en apparence à préserver le statu quo mais qui, en réalité, déterminerait les droits respectifs des parties. Et il en est de même dans *Canadian Industrial Gas & Oil* qui a été entendue par le juge Johnson. Dans cette affaire-là, la demanderesse a demandé au tribunal de déclarer *ultra vires* de la Législature de la Saskatchewan *The Oil and Gas Conservation, Stabilization and Development Act, 1973*, qui prévoyait la perception de certaines contributions. Une fois les poursuites entamées, et comme la demanderesse refusait de payer les sommes imposées par la législation, le gouvernement de la Saskatchewan l'a avisée de son intention d'annuler sans délai tous les baux portant sur des gisements de pétrole et de gaz naturel accordés par la Couronne. En effet, ces derniers ne pouvaient être maintenus en raison du défaut de la demanderesse de payer les sommes exigibles en vertu de la législation contestée. Le juge Johnson a décidé qu'il ne pouvait pas faire de déclaration provisoire interdisant au gouvernement de la Saskatchewan d'agir ainsi. Avec égards, je suis d'avis que ni le par. 17(2) de *The Proceedings against the Crown Act* ni les trois décisions citées par le savant Juge en chef ne touchent la question présentement en cause. On ne peut assimiler une décision sur la constitutionnalité du par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act* ou une ordonnance de conservation de biens à un redressement par voie

merits in the main action.

The learned Chief Justice concluded also, however, that the application for preservation was not one which came within the ambit of the Saskatchewan Rules of Court and, with respect, I agree. I cannot conceive that Rules 387 and 390 were ever intended for a case such as this where moneys are being paid under duress and protest to a taxing authority pending determination of the validity of a taxing enactment. Rules 387 and 390 pertain to the preservation of property which might be transferred or destroyed or spirited away thereby causing irreparable harm while litigation is in progress. The reference in Rule 390 to inspection of the property, permission to photograph, entry upon land and the taking of samples are clearly out of place when one is speaking of money. "Money" is in no way unique so as to require preservation. The dollars which the appellants pay to the respondent will not be the same dollars which the appellants will get back if they are successful. In the meantime, the respondent will have the use of the dollars. All of this is inapposite to the preservation of property with which Rules 387 and 390 are concerned.

I do not think that Rules 387 and 390 apply. Apart from the Rules this Court has the discretion to make an order as requested by appellants directing the Province of Saskatchewan to hold, as stakeholder, such sums as are paid by the appellants pursuant to the impugned legislation but with the right to use such sums in the interim for Provincial purposes, and with the obligation to repay them with interest in the event the legislation is ultimately held to be *ultra vires*. Such an order, however, would be novel, in giving the stakeholder the right to spend the moneys at stake, and I cannot see that it would serve any practical purpose. In any event, it would not seem to me to be appropriate to decide in interlocutory proceedings, and without argument on the point, whether, if the appellants become entitled to repayment of moneys paid to the Minister pursuant to *The Mineral Taxation Act*, such moneys should bear

d'injonction, ou exécution intégrale, ni à une déclaration provisoire des droits des parties sur le fond même de l'action principale.

Toutefois, le savant Juge en chef a aussi conclu que la demande de conservation de biens ne relevait pas des Règles de procédure de la Saskatchewan. Avec égards, je partage cet avis. Je ne puis imaginer que les règles 387 et 390 aient pu viser un cas comme celui-ci où des sommes d'argent sont versées sous contrainte et sous protêt au fisc en attendant que l'on décide de la validité d'une disposition fiscale. Les règles 387 et 390 ont trait à la conservation de biens qui pourraient être transférés, détruits ou subtilisés causant ainsi un tort irréparable alors que le procès est en cours. La mention à la règle 390 de l'inspection des biens et de l'autorisation de photographier, d'entrer sur un terrain et de prélever des échantillons, est nettement hors de propos lorsqu'il est question d'argent. «L'argent» n'est d'aucune façon unique en son genre; il n'est donc pas nécessaire d'assurer sa conservation. Les dollars que les appelantes ont versés ne seront pas ceux qui leur seront remboursés si elles ont gain de cause. Entre-temps, l'intimé aura cet argent à sa disposition. Tout cela est sans rapport avec la conservation de biens dont traitent les règles 387 et 390.

Je ne crois pas que lesdites règles s'appliquent. Indépendamment de ces règles, cette Cour a le pouvoir discrétionnaire de prononcer une ordonnance, comme le demandent les appelantes, qui enjoindrait à la province de la Saskatchewan de détenir à titre de dépositaire, les sommes versées par les appelantes en conformité de la loi contestée, tout en ayant le droit de les utiliser à des fins provinciales, mais avec l'obligation de les rembourser avec intérêts au cas où la loi serait déclarée *ultra vires*. Toutefois, il s'agirait là d'une ordonnance inusitée en ce qu'elle autoriserait le dépositaire à dépenser les sommes d'argent en jeu; et je ne vois pas alors en quoi cette ordonnance pourrait être utile. De toute façon, il ne me paraît pas approprié de décider dans des procédures interlocutoires et sans débat sur le sujet si, au cas où les appelantes auraient droit au remboursement des sommes versées au Ministre en conformité de *The*

interest, amounting to millions of dollars, at the from time to time bank rate or at some other rate.

I would allow the appeal with costs throughout and answer in the following manner the constitutional question:

Section 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act* R.S.S. 1965, c. 87 is *ultra vires* the Legislature of Saskatchewan, in so far as it purports to bar recovery of taxes paid under a statute or statutory provision which is beyond the legislative jurisdiction of the Legislature of Saskatchewan.

I would deny the motion for an order for interim preservation of property.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the plaintiffs, appellants: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the defendant, respondent: Goldenberg, Taylor & Tallis, Saskatoon.

Mineral Taxation Act, ces sommes devraient porter intérêts, se chiffrant à des millions de dollars, aux taux bancaires en vigueur ou à tout autre taux.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de donner la réponse suivante à la question constitutionnelle posée:

Le paragraphe 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, chap. 87 est *ultra vires* de la Législature de la Saskatchewan dans la mesure où il vise à empêcher le recouvrement d'impôts payés en vertu d'une loi ou d'une disposition législative qui outrepassé la compétence législative de la Législature de la Saskatchewan.

Je suis d'avis de rejeter la demande de conservation provisoire des biens.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des demandereses, appelantes: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs du défendeur, intimé: Goldenberg, Taylor & Tallis, Saskatoon.

Donald McRitchie *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1977: March 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge of unlawful possession of heroin for purpose of trafficking — Alibi evidence raised by accused at close of Crown's case — Crown permitted to call rebuttal evidence — Trial judge subsequently deciding rebuttal evidence not admissible — Court of Appeal holding trial judge's refusal to allow rebuttal evidence was error of law alone — Acquittal set aside and new trial ordered.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia reversing appellant's acquittal by Skipp Co.Ct.J. on a charge of possession of a narcotic for the purpose of trafficking. Appeal dismissed.

J. Richardson, for the appellant.

L. H. McDonald, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you, Mr. McDonald. We agree with the British Columbia Court of Appeal that there must be a new trial. The appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Oliver, Waldock & Richardson, Vancouver.

Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Ottawa.

Donald McRitchie *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1977: le 1^{er} mars.

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

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

Droit criminel — Accusation de possession illégale d'héroïne en vue de faire le trafic — Alibi fourni par l'accusé après la plaidoirie du ministère public — Ministère public autorisé à produire la preuve contraire — Preuve contraire jugée irrecevable par le juge du procès — La Cour d'appel statue que le refus du juge du procès d'admettre la preuve contraire était une erreur de droit — Acquittement annulé et nouveau procès ordonné.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique infirmant l'acquittement prononcé par le juge Skipp de la Cour de comté sur l'accusation de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic. Pourvoi rejeté.

J. Richardson, pour l'appellant.

L. H. McDonald, c.r., pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il n'est pas nécessaire de vous entendre M^e McDonald. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qu'il doit y avoir un nouveau procès. Le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Oliver, Waldock & Richardson, Vancouver.

Procureur de l'intimée: D. S. Thorson, Ottawa.

Chinook Appliances Ltd. *Appellant;*

and

Wellington Square Holdings Ltd.

Respondent.

1977: May 11.

Present: Martland, Ritchie, Spence, Pigeon and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Landlord and tenant — Premises leased for laundry and dry cleaning business — Severe building vibrations experienced after commencement of business — Equipment properly installed — Unsuitable floor cause of vibrations — No breach by tenant — Landlord's application for possession dismissed.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division, allowing an appeal from a judgment of Kirby J., who dismissed an application by the respondent, as landlord, to evict the appellant. Appeal allowed.

C. D. O'Brien, for the appellant.

R. K. Laing, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—We are all in agreement with the reasons given by the trial judge. The appeal is allowed, the judgment of the Appellate Division, for which no reasons were given, is set aside and the judgment at trial is restored.

The appellant is entitled to costs in this Court and also to the costs of the appeal to the Appellate Division.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Jones, Black & Co., Calgary.

Solicitors for the respondent: Beaumont, Proctor, Calgary.

Chinook Appliances Ltd. *Appelante;*

et

Wellington Square Holdings Ltd. *Intimée.*

1977: le 11 mai.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon et de Grandpré.

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

Louage de choses — Locaux loués à une entreprise de blanchisserie — Immeuble soumis à d'importantes vibrations après la mise en service de l'entreprise — Installation adéquate des machines — Sol défectueux à l'origine des vibrations — Le locataire n'est pas en faute — Rejet de la demande d'expulsion du locataire présentée par le propriétaire.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, accueillant un appel d'un jugement du juge Kirby, qui avait rejeté une demande d'expulsion de l'appelante, présentée par le propriétaire intimé. Pourvoi accueilli.

C. D. O'Brien, pour l'appelante.

R. K. Laing, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE MARTLAND—Nous sommes tous d'accord avec les motifs du juge de première instance. Le pourvoi est accueilli, l'arrêt non motivé de la Division d'appel est annulé et le jugement rendu en première instance est rétabli.

L'appelante a droit à ses dépens dans cette Cour et devant la Division d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Jones, Black & Co., Calgary.

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

Ronald Thomas Rae, Tove Rae and Jeanie Rae *Appellants*;

and

The Minister of Manpower and Immigration *Respondent*.

1977: May 18.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Immigration — Definition of a “permanent resident” — Authority of the Immigration Appeal Board to determine its own jurisdiction — No obligation to hear the appeal on its merits — Immigration Appeal Board Act, R.S.C. 1970, c. I-3, as amended by 1973-74 (Can.), c. 28, ss. 2, 11, 22.

APPEAL from an order of the Federal Court of Appeal dismissing an application under s. 28 of the *Federal Court Act* and an application for leave to appeal from the decision of the Immigration Appeal Board. Appeal dismissed.

Ron Corbert and Ted Linman, for the appellants.

G. W. Ainslie, Q.C., and *E. R. Sojonky*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you, Mr. Ainslie and Mr. Sojonky. We are all of the opinion that no ground has been shown for interfering with the judgment of the Federal Court of Appeal. The appeal is accordingly dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Norton, Schwartz, Weinberg, Morlock, Adam, Wehrle & Corbert, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Ottawa.

Ronald Thomas Rae, Tove Rae et Jeanie Rae *Appellants*;

et

Le ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration *Intimé*.

1977: le 18 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Immigration — Définition d'un «résident permanent» — Pouvoir de la Commission d'appel de l'immigration de déterminer sa propre compétence — Pas d'obligation d'entendre l'appel au fond — Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.R.C. 1970, c. I-3, modifiée par 1973-74 (Can.), c. 28, art. 2, 11, 22.

POURVOI à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel fédérale qui a rejeté une requête en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et refusé une autorisation d'appeler de la décision de la Commission d'appel de l'immigration. Pourvoi rejeté.

Ron Corbert et Ted Linman, pour les appelants.

G. W. Ainslie, c.r., et *E. R. Sojonky*, pour l'intimé.

Le jugement a été rendu oralement au nom de la Cour par

LE JUGE EN CHEF—Il n'est pas nécessaire de vous entendre M^{es} Ainslie et Sojonky. Nous sommes tous d'avis que les appelants n'ont établi aucun motif justifiant la modification du jugement de la Cour d'appel fédérale. En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Norton, Schwartz, Weinberg, Morlock, Adam, Wehrle & Corbert, Winnipeg.

Procureur de l'intimé: D. S. Thorson, Ottawa.

John Patrick Murphy and John Joseph Butt
Appellants;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1975: October 27; 1976: July 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Rape — Corroboration — One of two accused denying intercourse — Evidence as a whole plus complainant's distraught condition corroborative of complainant's story implicating each of the accused.

The complainant, a 16-year-old Indian girl, testified that she was taken by the two appellants (M and B) under a pretence of friendship to an apartment which they occupied and that she was then raped first by M and then by B. She alleged that M later drove her to a bus station where she first telephoned a cousin and then the police with the result that a constable arrived, who, after speaking with the complainant, took her to a hospital. While speaking with her cousin and during the subsequent interview with the policeman, the complainant was in an emotionally distraught condition. Convincing evidence of her mental condition was given by both the cousin and the policeman.

Both appellants testified in their own defence. M admitted intercourse but alleged it was with the complainant's consent. B denied having intercourse. Both M and B admitted that they had picked up the girl while driving about the streets of Vancouver late at night, had done so because they were of the opinion at the time they picked her up that she was a prostitute, that they had taken her to their apartment and, that later when she slept in the living room, M testified that he had left the bedroom to which first B and then he had retired, had entered the living room and had, as he alleged, intercourse with the complainant with her consent, and then had retired to the bedroom.

They both testified that later M had left that bedroom again returning to the living room and then, when the complainant desired to be driven downtown, had again returned to the bedroom to borrow the car keys from B. M then testified that he drove the complainant downtown and that when she attempted in vain to borrow \$20

John Patrick Murphy et John Joseph Butt
Appellants;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1975: le 27 octobre; 1976: le 12 juillet.

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

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

Droit criminel — Viol — Corroboration — L'un des deux accusés nie avoir eu des rapports sexuels avec la plaignante — L'ensemble de la preuve ainsi que l'état de désarroi de la plaignante corroborent la version de cette dernière impliquant chacun des accusés.

La plaignante, une jeune fille d'origine indienne, âgée de seize ans, a témoigné que les deux appelants (M et B) l'ont conduite à l'appartement qu'ils occupaient et qu'elle a alors été violée d'abord par M et ensuite par B. Elle a allégué que plus tard, M l'a conduite à la gare d'autobus d'où elle a téléphoné d'abord à une cousine et ensuite à la police. Un agent est alors arrivé sur les lieux et, après avoir parlé à la plaignante, l'a emmenée à l'hôpital. La plaignante a manifesté son désarroi lors de l'appel téléphonique à sa cousine et lors de son entretien avec le policier. Son esprit était très troublé et sa cousine et le policier en ont témoigné d'une manière convaincante.

Les deux appelants ont témoigné en défense. M admet avoir eu des rapports sexuels avec la plaignante mais prétend qu'elle y a pleinement consenti. B nie avoir eu des rapports sexuels avec elle. M et B ont admis avoir fait monter la jeune fille dans leur voiture alors qu'ils circulaient dans les rues de Vancouver tard le soir, croyant à l'époque que c'était une prostituée, l'avoir conduite à leur appartement, et au cours de son témoignage, M a déclaré que plus tard, lorsqu'elle dormait dans la salle de séjour, il est sorti de la chambre dans laquelle il s'était retiré avec B, est entré dans la salle de séjour et a eu, comme il le prétend, des rapports sexuels avec la plaignante avec son consentement, et est ensuite retourné dans la chambre.

Les appelants ont tous deux témoigné que plus tard M est de nouveau sorti de la chambre pour aller dans la salle de séjour et qu'il est retourné dans la chambre emprunter les clés de la voiture de B parce que la plaignante voulait qu'on la conduise au centre-ville. Murphy prétend qu'il a donc reconduit la plaignante

from him she left the automobile. This latter incident was denied by the complainant.

On a charge of rape, the appellants were convicted before a judge and jury. The British Columbia Court of Appeal dismissed an appeal from the convictions and an appeal to this Court followed.

Held (Laskin C.J. and Dickson J. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Spence, Beetz and de Grandpré JJ.: It was all of the evidence plus the complainant's distraught condition which the jury were entitled to consider as corroboration of not only M's but B's rape of the complainant. The fact that M admitted intercourse with the complainant could not deprive the whole of the evidence of its corroborative effect as to each of the accused.

Whether or not circumstantial evidence was consistent with another rational conclusion is a question of fact so no appeal as of right can be based on the dissent of a judge in the Court of Appeal upon such issue.

R. v. Conners and Jones, [1972] 5 W.W.R. 1 applied; *R. v. Thomas*, [1951] O.R. 422, referred to.

Per Laskin C.J. and Dickson J., *dissenting in part*: In the case of B, the appeal should be allowed and a new trial directed. The complainant's hysterical condition or emotional distress may be evidence that is corroborative against an accused who admits sexual intercourse, as M did, but who at the same time alleges consent. In such a case it may properly be regarded as supporting the complaint in a material particular, that is want of consent, and to implicate the accused because of his admission of intercourse. However, a complainant's hysterical condition cannot implicate an accused in any material particular when, as in the case of B, he has denied intercourse and there is no other evidence (apart from the complainant's) that can support a finding of intercourse.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, dismissing an appeal by both appellants from their conviction for rape. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Dickson J. dissenting in part.

¹ [1975] 2 W.W.R. 723, 21 C.C.C. (2d) 351.

qui, après avoir vainement tenté de lui emprunter \$20, est sortie de l'automobile. La plaignante a nié cet incident.

Sur une accusation de viol, les appelants ont été déclarés coupables par un juge et jury. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel interjeté des déclarations de culpabilité. Les appelants ont alors interjeté un pourvoi devant cette Cour.

Arrêt (le juge en chef Laskin et le juge Dickson étant dissidents en partie): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Spence, Beetz et de Grandpré: Le jury était fondé à considérer tous ces éléments de preuve ainsi que l'état de désarroi de la plaignante et à conclure qu'ils corroboraient la version de cette dernière selon laquelle non seulement M mais B l'avaient violée. Le fait que M ait admis avoir eu des rapports sexuels avec la plaignante ne pouvait enlever à l'ensemble de la preuve sa valeur de preuve corroborante à l'égard de chacun des accusés.

La question de savoir si la preuve indirecte est compatible ou non avec toute autre explication logique est une question de fait. Aucun appel de plein droit ne peut donc être fondé sur la dissidence d'un juge de la Cour d'appel sur ce point.

Arrêt appliqué: *R. v. Conners and Jones*, [1972] 5 W.W.R. 1; arrêt mentionné: *R. v. Thomas*, [1951] O.R. 422.

Le juge en chef Laskin et le juge Dickson, *dissidents en partie*: En ce qui concerne B, le pourvoi doit être accueilli et un nouveau procès ordonné. L'état hystérique ou le désarroi de la plaignante peuvent servir de corroboration contre un accusé qui admet avoir eu des rapports sexuels, comme M, mais qui prétend en revanche qu'il y a eu consentement. Dans un tel cas, on peut à juste titre considérer que cette preuve corrobore la plainte sur un point important, soit l'absence de consentement, et qu'elle implique le prévenu puisqu'il a admis avoir eu des rapports sexuels. Cependant, l'état hystérique d'une plaignante ne peut impliquer un prévenu sur un point important, quand il nie, comme B, avoir eu des rapports sexuels et qu'aucun autre témoignage que celui de la plaignante ne permet d'en arriver à cette conclusion.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹ rejetant l'appel des deux appelants de leur déclaration de culpabilité pour viol. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Dickson étant dissidents en partie.

¹ [1975] 2 W.W.R. 723, 21 C.C.C. (2d) 351.

S. R. Chamberlain, for the appellants.

F. A. Melvin, for the respondent.

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting in part*)—I have had the advantage of seeing the reasons proposed by my brother Spence and I agree in his proposed disposition of this appeal so far as it concerns the appellant Murphy. I differ from him, however, with respect to the co-accused and co-appellant Butt, and for the reasons which follow I am of the opinion that a new trial should be directed in his case.

On a trial of co-accused for the same offence, allegedly committed by each separately, each accused is entitled to have the benefit of a proper direction to the jury that will relate to each separately on the issues that go to their separate culpability. The present case concerns a piece of evidence, the hysterical condition of the complainant of a rape by each of the two appellants, of which testimony was offered by two witnesses to whom she complained of rape shortly after it allegedly took place. This piece of evidence was the only evidence which the trial judge told the jury was capable of being corroborative of the complainant's testimony, and he told the jury that it was capable of being corroborative with respect to each accused.

Both accused gave evidence. Murphy admitted intercourse but alleged it was with the complainant's consent. Butt denied having intercourse and, apart from the evidence of the complainant against him, there was no other evidence upon which a finding that he had intercourse with her could be made. In this situation the trial judge had to consider whether to limit his charge to the jury in respect of Butt to the required warning that it was not safe to find Butt guilty in the absence of corroboration (within the meaning of s. 142 of the *Criminal Code*) but that the jury could do so if it was satisfied beyond a reasonable doubt that her evidence was true. However, he went beyond this in telling the jury that there was evidence capable of being corroborative (within the statutory prescription) as against Butt as well as against Murphy, and that was the evidence of the complainant.

S. R. Chamberlain, pour les appelants.

F. A. Melvin, pour l'intimée.

LE JUGE EN CHEF (*dissident en partie*)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs préparés par mon collègue le juge Spence et je souscris à la décision qu'il entend rendre dans ce pourvoi, à l'égard de l'appellant Murphy. Je ne suis toutefois pas d'accord avec sa décision concernant le coaccusé et co-appellant Butt et, pour les motifs suivants, je suis d'avis qu'un nouveau procès devrait être ordonné dans son cas.

Au procès de coaccusés, pour une infraction prétendument commise par chacun d'eux, le jury doit recevoir des instructions appropriées relatives à chaque accusé, traitant leur cas séparément sur les questions qui touchent à leur culpabilité respective. Le présent pourvoi porte sur un élément de preuve, l'état hystérique de la victime présumée d'un viol commis par les deux appelants, selon les dépositions des deux témoins auprès desquels cette dernière s'est plainte peu de temps après l'incident. Le juge de première instance a indiqué au jury que cet élément de preuve était le seul à pouvoir corroborer le témoignage de la plaignante et il a ajouté qu'il pouvait servir de preuve corroborante à l'égard de chaque accusé.

Les deux accusés ont témoigné. Murphy admet avoir eu des rapports sexuels avec la plaignante mais il prétend qu'elle y avait consenti. Butt nie avoir eu des rapports sexuels avec elle et, mis à part le témoignage de la plaignante, aucune autre preuve ne permet de conclure qu'il a eu des rapports sexuels avec elle. Dans ces circonstances, le juge de première instance devait déterminer si son exposé au jury devait se limiter, en ce qui concerne Butt, à informer le jury, comme l'exige la loi, qu'il n'est pas prudent de déclarer le prévenu coupable en l'absence de corroboration (au sens de l'art. 142 du *Code criminel*) mais que le jury a le droit de déclarer le prévenu coupable s'il est convaincu, au-delà d'un doute raisonnable, que le témoignage de la plaignante est véridique. Toutefois, il est allé plus loin en signalant au jury qu'il existait une preuve corroborante (au sens de la loi) contre Butt

nant's hysterical condition. In this I think he was plainly wrong.

I do not quarrel with the proposition that a complainant's hysterical condition or emotional distress, evident after the commission of an alleged rape, may be adduced in evidence as corroboration provided, however, that, in the words of s. 142, it is "evidence that implicates the accused." It cannot be said that evidence of a complainant's hysterical condition or emotional distress is capable of being corroborative at large and that it can be used accordingly against a particular accused simply because the complainant has alleged that he raped her. It may be evidence that is corroborative against an accused who admits sexual intercourse, as Murphy did, but who at the same time alleges consent. In such a case it may properly be regarded as supporting the complaint in a material particular, that is want of consent, and to implicate the accused because of his admission of intercourse. I am unable to understand, however, how a complainant's hysterical condition can implicate an accused in any material particular when he has denied intercourse and there is no other evidence (apart from the complainant's) that can support a finding of intercourse.

I have examined the line of cases in this country in which evidence of a complainant's hysterical or emotional condition has been held to be admissible as corroboration in a material particular implicating the accused. In each of the cases hereinafter cited, where such evidence was dealt with, it was brought in on the issue of consent where there was either an admission of or independent evidence of intercourse: see *R. v. Thomas*², reversed on other grounds³; *R. v. Aubichon*⁴; *R. v. Bear, Bear and Tinker*⁵; *R. v. Boyd*⁶; *R. v. White, Dubeau and McCullough*⁷; *R. v. Connors and Jones*⁸.

² [1951] O.R. 422.

³ [1952] 2 S.C.R. 344.

⁴ [1965] 1 C.C.C. 215.

⁵ (1973), 13 C.C.C. (2d) 570.

⁶ (1974), 17 C.C.C. (2d) 6.

⁷ (1974), 16 C.C.C. (2d) 162.

⁸ [1972] 5 W.W.R. 1.

comme contre Murphy, à savoir la preuve de l'état hystérique de la plaignante. A mon avis, il est carrément dans l'erreur.

Je ne conteste pas la thèse selon laquelle l'état hystérique ou le désarroi de la plaignante, manifesté après la perpétration d'un prétendu viol, peut être présenté comme preuve corroborante, dans la mesure toutefois où il s'agit d'une preuve qui implique le prévenu» selon les termes de l'art. 142. On ne peut soutenir que la preuve de l'état hystérique ou du désarroi de la plaignante peut servir de preuve corroborante générale et, qu'en conséquence, elle peut servir contre un accusé simplement parce que la plaignante prétend qu'il l'a violée. Cette preuve peut servir de corroboration contre un accusé qui admet avoir eu des rapports sexuels, comme Murphy, mais qui prétend en revanche qu'il y a eu consentement. Dans un tel cas, on peut à juste titre considérer que cette preuve étaye la plainte sur un détail important, soit l'absence de consentement, et qu'elle implique le prévenu puisqu'il a admis avoir eu des rapports sexuels. Cependant, je ne puis voir comment l'état hystérique d'une plaignante peut impliquer un prévenu sur un détail important quand il nie avoir eu des rapports sexuels et qu'aucun autre témoignage (sauf celui de la plaignante) ne permet d'en arriver à cette conclusion.

J'ai étudié la jurisprudence canadienne dans laquelle la preuve de l'état hystérique ou émotif de la plaignante a été jugée recevable à titre de corroboration sur un détail important impliquant le prévenu. Dans tous les arrêts mentionnés ci-dessous et qui traitent de ce genre de preuve, elle avait été avancée en rapport avec la question du consentement, alors que les rapports sexuels avaient été admis ou établis par une preuve indépendante: voir *R. v. Thomas*², infirmé pour d'autres motifs³; *R. v. Aubichon*⁴; *R. v. Bear, Bear and Tinker*⁵; *R. v. Boyd*⁶; *R. v. White, Dubeau et McCullough*⁷; *R. v. Connors and Jones*⁸.

² [1951] O.R. 422.

³ [1952] 2 R.C.S. 344.

⁴ [1965] 1 C.C.C. 215.

⁵ (1973), 13 C.C.C. (2d) 570.

⁶ (1974), 17 C.C.C. (2d) 6.

⁷ (1974), 16 C.C.C. (2d) 162.

⁸ [1972] 5 W.W.R. 1.

The Privy Council said in *James v. R.*⁹ at p. 301 that "where the charge is rape, the corroborative evidence must confirm in some material particular that intercourse has taken place and that it has taken place without the woman's consent and also that the accused was the man who committed the crime." If it is enough under s. 142 that, where the complainant's evidence is the only evidence that implicates the accused, evidence offered as corroboration need only go to a material particular, it is still necessary that it be evidence that implicates the accused. The only issue on which a complainant's hysterical condition may logically be offered as corroboration is want of consent, but without some other basis in the evidence to show intercourse evidence of a hysterical upset can no more implicate the accused on want of consent than it can implicate him on the issue of identification where that is contested.

Counsel for the respondent Crown in the present case, if I understood him correctly, said that although the complainant's hysterical condition would not, taken alone, implicate the accused Butt, nor would the mere fact that the accused Butt was on the premises where Murphy admittedly had intercourse with the complainant, nonetheless the two things taken together provided the required implication. This submission fails entirely to implicate the accused in any act of intercourse, and without proof of such an act the case against Butt must fail if it is to stand on a foundation of corroboration.

I can appreciate concern that a scrupulous regard for the limitations on corroborative evidence may make it difficult to deal with "gang" rape. This issue was faced recently by the Ontario Court of appeal in *R. v. White, Dubeau and McCullough*, *supra*, where the Court split in a gang rape case on whether the finding of some bloody kleenex at the locale of an alleged rape was capable of being corroborative on the issue of want of consent, the majority holding it was not. The fact that a gang rape is alleged, where some members deny intercourse, does not justify any different application of the rules of law than in a

⁹ (1970), 50 Cr. App. R. 299.

Dans *James v. R.*⁹, à la p. 301, le Conseil privé a déclaré [TRADUCTION] «en matière de viol, la preuve corroborante doit confirmer sur un détail important le fait que des rapports sexuels ont eu lieu, sans le consentement de la femme, et que le prévenu est bien l'homme qui a commis le crime». S'il suffit en vertu de l'art. 142 que, dans les cas où le témoignage de la plaignante est la seule preuve qui implique le prévenu, la preuve présentée à titre de corroboration porte sur un détail important, il n'en demeure pas moins que cette preuve doit impliquer le prévenu. L'absence de consentement constitue le seul point pouvant logiquement être corroboré par l'état hystérique de la plaignante; cependant, en l'absence de quelque preuve établissant des rapports sexuels, la preuve de l'état hystérique de la plaignante ne peut impliquer le prévenu sur la question de l'absence de consentement pas plus qu'elle ne peut l'impliquer sur la question de l'identité, si celle-ci est controversée.

En l'espèce l'avocat de l'intimé, le ministère public, soutient, si je comprends bien, que même si, considérés isolément, l'état hystérique de la plaignante et le simple fait que le prévenu Butt était sur les lieux lorsque Murphy a, selon son admission, eu des rapports sexuels avec la plaignante, ne peuvent impliquer Butt, ces deux éléments de preuve, considérés ensemble, impliquent le prévenu au sens de la loi. Rien dans cette thèse n'implique le prévenu au sujet des rapports sexuels, et en l'absence d'une telle preuve, la poursuite intentée contre Butt doit échouer si elle n'est fondée que sur une preuve par corroboration.

Je suis conscient du fait qu'un respect rigoureux des restrictions portant sur la preuve corroborante peut rendre difficiles les procès en matière de viols collectifs. La Cour d'appel de l'Ontario a récemment étudié ce problème dans l'arrêt *R. v. White, Dubeau et McCullough*, précité, et s'est divisée sur la question de savoir si un mouchoir de papier taché de sang trouvé sur les lieux du prétendu viol pouvait corroborer la preuve de l'absence de consentement, la majorité de la Cour jugeant que non. Le fait qu'on allègue la perpétration d'un viol collectif et que certains membres du groupe nient avoir eu des rapports sexuels ne justifie pas une

⁹ (1970), 50 Cr. App. R. 299.

case where there is an allegation of rape by one person who denies intercourse. If there is no proper corroborative evidence, there may still be a conviction if the jury chooses to bring in a verdict of guilty after being warned of the danger of convicting on the uncorroborated evidence of the complainant.

I would allow the appeal of Butt and direct a new trial for him.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for British Columbia pronounced on November 15, 1974. By that judgment, the Court of Appeal dismissed an appeal by both appellants from their conviction before the Honourable Mr. Justice McKay and a jury upon a charge of rape. Branca J.A. dissented in the Court of Appeal and in accordance with the provisions of s. 605 of the *Criminal Code* the formal judgment of the Court contained the following paragraphs:

BE IT RECORDED that the Honourable Mr. Justice Branca dissents from the decision of this Honourable Court on the following question of law:

THAT circumstantial evidence as to the distraught condition of the complainant that was consistent with two rational conclusions was not capable of corroborating the evidence of the complainant.

Counsel for the appellants relied upon those paragraphs as the basis for an appeal to this Court under the provisions of s. 618(1)(a) of the *Criminal Code*.

I am of the opinion, however, that an appeal does not lie to this Court upon a question so framed for the short reason that it is not a question of law. When circumstantial evidence is submitted by the Crown then the jury may only accept that evidence as corroboration if it is consistent with the guilt of the accused and inconsistent with any other rational explanation. It is for the jury to determine as a question of fact whether (a) the evidence is consistent with the guilt of the accused,

application des règles de droit différente du cas où l'on allègue un viol par une personne qui nie avoir eu des rapports sexuels. En l'absence d'une preuve corroborante adéquate, une déclaration de culpabilité est quand même possible si le jury décide de rendre un verdict de culpabilité après avoir été mis en garde contre le danger de déclarer le prévenu coupable, en l'absence d'une preuve corroborant le témoignage de la plaignante.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi de Butt et d'ordonner un nouveau procès en ce qui le concerne.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Ce pourvoi vise un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique prononcé le 15 novembre 1974, qui rejetait l'appel interjeté par les deux appelants de leur déclaration de culpabilité, prononcée par le juge McKay et un jury, sur une accusation de viol. En Cour d'appel, le juge Branca était dissident et, en conformité des dispositions de l'art. 605 du *Code criminel*, le jugement formel de la Cour précise:

[TRADUCTION] QUE SOIT CONSIGNÉ la dissidence de Monsieur le juge Branca à l'égard du jugement de cette Cour, sur la question de droit suivante:

La preuve indirecte de l'état de désarroi de la plaignante qui était compatible avec deux conclusions logiques, ne pouvait corroborer le témoignage de cette dernière.

L'avocat des appelants s'est fondé sur ces passages pour interjeter un pourvoi devant cette Cour en vertu des dispositions de l'art. 618(1)a) du *Code criminel*.

Je suis d'avis que cette Cour ne peut connaître d'un pourvoi fondé sur une question formulée ainsi, pour la simple raison qu'il ne s'agit pas d'une question de droit. Lorsque le ministère public présente une preuve indirecte, le jury ne peut l'accepter à titre de preuve corroborante que si elle est compatible avec la culpabilité de l'accusé et incompatible avec toute autre explication logique. Il appartient au jury de déterminer, au titre de question de fait, si a) la preuve est compatible avec

and (b) whether that evidence is inconsistent with any other rational conclusion. Branca J.A. was of the opinion that the evidence submitted was not inconsistent with any other rational conclusion but his view upon that issue was a decision of fact and not of law. It should be noted that the learned trial judge instructed the jury upon the issue in the following terms:

You will also keep in mind that this is circumstantial evidence and you would only draw a corroborative inference if you concluded it was consistent with an offence having been committed and having been committed by the particular accused you are considering and inconsistent with any other rational explanation.

I am, therefore, of the opinion that in so far as the ground of appeal upon which the accused relied for an appeal as of right is concerned the appeal should stand dismissed.

The appellants, however, applied to this Court for leave to appeal in accordance with the provisions of s. 618(1)(b) and in such application requested leave to argue the following questions:

1. Was there misdirection or non-direction amounting to misdirection by the learned trial Judge in his charge, when he instructed the jury that the hysterical condition of the complainant was capable in law of corroborating the issue as to whether the Appellant, Butt, had intercourse with the complainant?

2. Was there non-direction amounting to misdirection by the learned trial Judge in his charge when he failed to instruct the jury that they should attach little or no weight to the evidence of the hysterical condition of the complainant in that the possibility exists that she might well be simulating distress where the distress is displayed at the time of the complaint having first been made by the complainant?

The time for hearing this application for leave to appeal was extended to the date of the hearing of the appeal and the argument upon the appeal was, in fact, an argument upon the questions which I have set out immediately above. It is at this time appropriate to outline some of the circumstances which gave rise to the charge of rape. I quote from the reasons of McFarlane J.A. speaking for the majority of the Court of Appeal for British

la culpabilité de l'accusé, et si b) cette preuve est incompatible avec toute autre conclusion logique. Le juge d'appel Branca a estimé que la preuve présentée n'était pas incompatible avec toute autre conclusion logique, mais il s'agit là d'une opinion sur une question de fait et non de droit. Il convient de souligner que le savant juge de première instance a formulé ainsi ses instructions au jury à cet égard:

[TRADUCTION] Rappelez-vous également qu'il s'agit d'une preuve indirecte que vous ne retiendrez comme preuve corroborante que si vous parvenez à la conclusion qu'elle est compatible avec le fait qu'une infraction a été commise et que ce sont effectivement les accusés devant vous qui l'ont commise, et qu'elle est incompatible avec toute autre explication logique.

En conséquence, je suis d'avis que le moyen d'appel invoqué par les accusés ne justifie pas un appel de plein droit et qu'il y aurait lieu de rejeter le pourvoi.

Cependant, les appelants ont demandé à la Cour l'autorisation d'interjeter appel, en conformité de l'art. 618(1)(b), pour débattre les questions suivantes:

[TRADUCTION] 1. L'exposé du savant juge de première instance constitue-t-il une directive erronée ou une absence de directives équivalant à une directive erronée parce qu'il a indiqué au jury que l'état hystérique de la plaignante pouvait en droit corroborer l'affirmation que l'appellant, Butt, avait eu des rapports sexuels avec la plaignante?

2. L'exposé du savant juge de première instance constitue-t-il une absence de directives équivalant à une directive erronée parce qu'il a omis d'indiquer au jury qu'il devait accorder peu d'importance, sinon aucune, à la preuve de l'état hystérique de la plaignante car il est possible qu'elle ait simulé le désarroi qu'elle a manifesté au moment où elle a porté plainte pour la première fois?

Le délai prévu pour l'audition de la requête en autorisation d'appeler a été prorogé à la date d'audition de l'appel et les plaidoiries en appel ont porté sur les questions énoncées ci-dessus. Il convient ici d'exposer certaines des circonstances qui ont donné lieu à l'accusation de viol. Je cite un extrait des motifs du juge McFarlane qui a prononcé le jugement de la majorité de la Cour

Columbia and summarizing the evidence of the complainant:

The testimony of the complainant, a sixteen year old native Indian girl, may be summarized as follows: That the two appellants being together in an automobile picked her up, by offering her a lift to the home of a friend of hers, on a street in Vancouver at an early hour of the morning of October 18th, 1973; that they took her to a house where they occupied a basement suite containing a bedroom and a livingroom in the latter of which there was a cot or couch: having removed only her coat she lay on this cot otherwise fully clothed and fell asleep: that she was awakened by the presence on the cot of Murphy, who thereupon by threats which frightened her had sexual intercourse with her, against her will and without her consent: that Murphy then left the livingroom and before she could dress herself Butt entered from the bedroom, naked, and by the use of similar threats also had sexual intercourse with her against her will and without her consent: that later Murphy drove her to a bus depot where she telephoned to a cousin in Prince Rupert and that following a conversation with that cousin she telephoned to the Vancouver Police with the result that a Constable arrived about 7:50 a.m., spoke with her and then took her to a hospital.

Both appellants testified in their own defence. The appellant Murphy admitted that he had had intercourse with the complainant but alleged that such intercourse was with her full consent not as a result of any intimidation. The appellant Butt testified that upon reaching the apartment occupied by both appellants he had immediately retired to bed and had no knowledge of any events which occurred thereafter until his co-appellant Murphy had awakened him in order to borrow the keys for his automobile. There are, of course, discrepancies between the evidence given by the complainant and that given by the two appellants and even certain discrepancies between the evidence given by one appellant and the other with which I shall deal hereafter.

The learned trial judge properly gave to the jury in his charge the warning required by the provisions of s. 142 of the *Criminal Code*. That section provides:

142. Notwithstanding anything in this Act or any other Act of the Parliament of Canada, where an accused is charged with an offence under section 144, 145, subsection 146(1) or (2) or subsection 149(1), the

d'appel de la Colombie-Britannique; il a résumé comme suit le témoignage de la plaignante:

[TRADUCTION] Le témoignage de la plaignante, une jeune fille d'origine indienne âgée de seize ans, peut se résumer comme suit: tôt le matin du 18 octobre 1973, les deux appelants circulaient en voiture dans une rue de Vancouver et lui ont offert de la transporter chez un de ses amis; ils l'ont conduite à la maison où ils occupaient un appartement en sous-sol, qui comprenait une chambre et une salle de séjour où il y avait un divan; après avoir ôté son manteau, elle s'est étendue sur ce divan toute habillée et s'est endormie; la présence de Murphy sur le lit l'a réveillée et ce dernier, après l'avoir menacée et effrayée, a eu des rapports sexuels avec elle, contre son gré et sans son consentement; Murphy a ensuite quitté la salle de séjour et avant qu'elle ait eu le temps de se vêtir, Butt est sorti de la chambre, nu et, à la suite de menaces semblables, a également eu des rapports sexuels avec elle, contre son gré et sans son consentement; plus tard Murphy l'a conduite à la gare d'autobus d'où elle a téléphoné d'abord à une cousine de Prince Rupert et ensuite à la police de Vancouver; vers 7 h 50 un agent est arrivé, lui a parlé et l'a emmenée à l'hôpital.

Les deux appelants ont témoigné en défense. L'appellant Murphy admet avoir eu des rapports sexuels avec la plaignante mais prétend qu'elle y a pleinement consenti et nie l'avoir menacée. L'appellant Butt, prétend que, dès son arrivée à l'appartement, il s'est mis au lit et ne s'est rendu compte de rien jusqu'à ce que le co-appellant Murphy le réveille pour lui emprunter les clés de son automobile. Il existe donc des contradictions entre le témoignage de la plaignante et celui des deux appelants et je constate en outre certaines contradictions entre le témoignage de chacun des appelants; j'y reviendrai plus loin.

Dans son exposé, le savant juge de première instance a bien mis le jury en garde, comme le requiert l'art. 142 du *Code criminel*, que voici:

142. Nonobstant toute disposition de la présente loi ou de quelque autre loi du Parlement du Canada, lorsqu'un prévenu est inculpé d'une infraction visée par l'article 144, l'article 145, le paragraphe 146(1) ou (2)

judge shall, if the only evidence that implicates the accused is the evidence, given under oath, of the female person in respect of whom the offence is alleged to have been committed and that evidence is not corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused, instruct the jury that it is not safe to find the accused guilty in the absence of such corroboration, but that they are entitled to find the accused guilty if they are satisfied beyond a reasonable doubt that her evidence is true.

It may be noted that by an amendment wrought by the *Criminal Code Amendment Act, 1975, 1974-75-76 (Can.)*, c. 93, s. 8, the requirement that the trial judge give to the jury the above warning has been removed and a very different procedure instituted.

The learned trial judge then continued:

Now, I tell you as a matter of law that the only evidence capable of being considered by you as corroborative of the complainant's testimony with respect to each accused, if you believe that evidence, is the evidence of her distraught condition as described by her cousin, Ruth Cecil, and the police constable who picked her up at the bus depot.

It is the propriety of giving to the jury this evidence as being possible corroboration which was the subject-matter of the first question upon which leave to appeal was sought and granted. It is submitted by counsel for the accused that such evidence fails in the first requisite for its acceptance as corroboration in that it was not independent. It was evidence of the observance of emotional distress which was exhibited by the complainant herself. The question as to whether such evidence may be submitted to the jury as corroboration has been canvassed in a variety of cases and the results of those cases are by no means consistent. McFarlane J.A., in his reasons for judgment, relied particularly upon the decision of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Connors and Jones*¹⁰. In that decision, the Court of Appeal for British Columbia held that the distraught condition of the complainant shortly after the incident complained of and her emotional reactions during an interview

¹⁰ [1972] 5 W.W.R. 1.

ou le paragraphe 149(1), le juge, si la seule preuve qui implique le prévenu est le témoignage, rendu sous serment, de la personne du sexe féminin à l'égard de qui il est allégué que l'infraction a été commise et si ce témoignage n'est pas corroboré sur un détail important par une preuve qui implique le prévenu, doit informer le jury qu'il n'est pas prudent de déclarer le prévenu coupable en l'absence d'une telle corroboration, mais que le jury a le droit de déclarer le prévenu coupable s'il est convaincu, au-delà d'un doute raisonnable, que le témoignage de cette personne est véridique.

Je signale que cette obligation pour le juge de première instance de mettre le jury en garde n'existe plus, une procédure très différente ayant été instaurée par la *Loi de 1975 modifiant le Code criminel, 1974-75-76 (Can.)*, c. 93, art. 8.

Le savant juge de première instance a ensuite poursuivi en ces termes:

[TRADUCTION] Je précise qu'en droit, la seule preuve que vous pouvez considérer corroborer le témoignage de la plaignante, relativement à chaque accusé, si vous acceptez sa version, est la preuve de son désarroi, décrit par sa cousine Ruth Cecil et le policier qui l'a recueillie à la gare d'autobus.

La première question sur laquelle était fondée la demande d'autorisation d'interjeter appel, qui a été accordée, était précisément de savoir si c'est à bon droit que le juge a informé le jury que cette preuve pouvait constituer une corroboration. L'avocat des accusés prétend que ce n'est pas le cas parce qu'il manque à cette preuve un élément essentiel de la corroboration en ce qu'elle n'est pas indépendante. Il s'agit des témoignages relatifs au désarroi manifesté par la plaignante elle-même. De nombreux arrêts ont traité de la question de savoir si une preuve de ce genre pouvait être présentée au jury comme une corroboration, mais leurs solutions diffèrent. Dans ses motifs de jugement, le juge d'appel McFarlane se fonde essentiellement sur la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. v. Connors and Jones*¹⁰, qui a décidé que le désarroi manifesté par la plaignante peu de temps après l'incident et ses réactions émotives durant l'entretien avec la police le lendemain pou-

¹⁰ [1972] 5 W.W.R. 1.

with the police the day following were capable in law of amounting to corroboration. In arriving at that conclusion, the Court of Appeal for British Columbia had cited with approval the decision of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Thomas*¹¹, where Roach J.A. said at p. 432:

It was argued that the emotional condition of the wife could not be corroborative of her story. I disagree. It is of course possible to think of a case where a woman consented to the act and immediately thereafter became affected by remorse, but it surely must be left to the jury to assess the value to be attached to the emotional condition of a woman shortly after an occasion upon which she alleges that she has been violated. It is evidence to be considered in relation to other evidence which . . .

That case came to this Court and a new trial was ordered but upon a different ground.

The respondent's factum, I believe, sets out the proper view as follows:

Independent testimony of a rape complainant's emotional condition is capable at law of corroboration where it is sufficiently damning that it may be considered by a jury to be more consistent with her denial of consent than with the existence of consent, or, to put it another way, where a reasonable inference can be drawn by a jury, considering all the circumstances, that there is a causal relationship between the assault and the complainant's distraught emotional condition.

In the present case, the complainant, who I have noted was a sixteen-year-old native Indian girl, displayed this emotionally distraught condition firstly in a telephone call to her cousin made within fifteen minutes after she had been driven by the appellant Murphy back to the bus terminal in Vancouver and again in an interview with a policeman whom she called as soon as she had ceased speaking to her cousin. Her mental condition was most marked and very convincing evidence thereof was given by both the cousin and the policeman. I am of the opinion that such evidence could qualify as corroboration within the provisions of s. 142 of the *Criminal Code*. The weight which should be given to such evidence was, of course, a matter for the jury and it must be presumed that the jurors

vaient en droit servir de corroboration. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a cité et approuvé la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Thomas*¹¹, où le juge Roach a déclaré à la p. 432:

[TRADUCTION] On a plaidé que l'émotion manifestée par la femme ne pouvait corroborer sa version. Je ne suis pas d'accord. Il est bien sûr possible qu'une femme consente à l'acte et s'en repente après, mais il faut certainement laisser au jury la tâche d'apprécier la valeur à accorder à l'émotion manifestée par une femme peu de temps après l'incident au cours duquel elle prétend avoir été violée. Il s'agit d'une preuve à examiner en relation avec d'autres preuves qui . . .

Cette affaire a été portée devant cette Cour qui a ordonné un nouveau procès pour un motif différent.

A mon avis, le point de vue énoncé par l'intimée dans son factum est bien fondé:

[TRADUCTION] La preuve indépendante de l'état émotif de la plaignante dans un cas de viol peut en droit constituer une corroboration si elle est suffisamment accablante pour qu'un jury considère qu'elle est plus compatible avec l'absence de consentement qu'avec l'existence d'un consentement, ou, autrement dit, lorsque le jury peut raisonnablement tirer la conclusion, compte tenu de toutes les circonstances, qu'il existe un lien de causalité entre les voies de fait et le désarroi de l'appelante.

En l'espèce, la plaignante, qui, comme je l'ai déjà dit, est une jeune fille d'origine indienne âgée de seize ans, a d'abord manifesté son désarroi lors d'un appel téléphonique à sa cousine, moins de quinze minutes après que l'appelant Murphy l'eût laissée à la gare d'autobus à Vancouver et de nouveau lors de son entretien avec un policier qu'elle a joint au téléphone immédiatement après sa conversation avec sa cousine. Son esprit était très troublé et sa cousine et le policier en ont témoigné d'une manière très convaincante. A mon avis, une telle preuve peut servir de corroboration au sens des dispositions de l'art. 142 du *Code criminel*. Il appartenait bien sûr aux jurés d'apprécier la valeur de cette preuve et il faut présumer que c'est ce qu'ils ont fait, conformément à leur

¹¹ [1951] O.R. 422.

¹¹ [1951] O.R. 422.

did assess its weight in accordance with their sworn duty. Cases which deal with the emotional distress of the complainant vary all the way from *R. v. Redpath*¹², where the victim was a small child and the evidence proffered was that of persons who had observed her immediately after the incident when she did not know she was under observation, to cases where the complainant exhibits the emotional distress a very considerable time after the incident and when she had failed to display such a distraught condition after the incident and before the display which was the subject-matter of the evidence. In such latter case, the independent character of the evidence is very doubtful and courts have very properly excluded it from consideration as corroboration required by the provisions of the *Code*.

The second question advanced upon the application for leave to appeal dealt with the alleged failure of the learned trial judge to instruct the jury that they should attach little or no weight to the evidence of the hysterical condition of the complainant in that the possibility existed that she might well be simulating distress. The learned trial judge, in his charge to the jury, reciting the theory of the defence, pointed out this very danger saying:

The defence points out that the crying and hysteria are easy to simulate if one is laying a trap. The defence's theory is that she was laying a trap. The defence says, "Why should she lay a trap? Well, she needed money and in frustration when Murphy refused her a loan of \$20 she cried "rape" in retaliation".

Throughout his charge, the learned trial judge had stressed that the Crown must prove each and every ingredient beyond a reasonable doubt and had adequately pointed out to the jury their duty of assessing the credibility of each witness. There is, of course, the danger that a complainant motivated by most improper considerations would simulate her distress but the determination of whether that has occurred is essentially the task of the jury and, in my view, the jury in this case was adequately alerted to that duty and would consider its decision in the light of the fact that the complainant was a young native Indian girl in a

¹² (1962), 46 Cr. App. R. 319.

serment d'office. Les arrêts portant sur l'état de désarroi de la plaignante varient de cas comme *R. v. Redpath*¹², où la victime était une fillette et les témoignages provenaient de personnes qui l'avaient observée immédiatement après l'incident, à son insu, à d'autres cas où la plaignante avait manifesté son désarroi longtemps après l'incident alors qu'elle n'avait pas eu ce genre de réaction immédiatement après l'incident ni avant la démonstration de détresse qui faisait l'objet de la preuve. Dans ce dernier cas, le caractère indépendant de la preuve est très incertain et les tribunaux sont justifiés de ne pas soumettre cette preuve au titre de la corroboration exigée par les dispositions du *Code*.

La seconde question soulevée dans la demande d'autorisation d'appeler porte sur la prétendue omission par le savant juge de première instance d'indiquer au jury qu'il devait accorder très peu sinon aucune importance à la preuve de l'état hystérique de la plaignante car elle pouvait avoir simulé cet état. Dans son exposé, le savant juge de première instance en reprenant la thèse de la défense a signalé ce danger dans ces termes:

[TRADUCTION] La défense souligne que les pleurs et l'hystérie sont faciles à simuler pour quelqu'un qui tend un piège. Selon la thèse de la défense, la plaignante tendait un piège. A la question «pourquoi tendrait-elle ce piège?», la défense répond «elle avait besoin d'argent et, comme Murphy refusait de lui prêter \$20, elle s'est vengée en l'accusant de viol».

Dans son exposé, le savant juge de première instance a bien indiqué que le ministère public devait prouver chaque élément au-delà de tout doute raisonnable et a, à juste titre, rappelé au jury son devoir d'apprécier la crédibilité de chaque témoin. Bien sûr, il se peut qu'une plaignante, motivée par des considérations très malhonnêtes, simule le désarroi, mais il appartient essentiellement au jury de déterminer si c'est le cas. A mon avis, le jury a reçu en l'espèce des directives appropriées à ce sujet et, pour parvenir à sa décision, il a tenu compte du fait que la plaignante était une jeune fille d'origine indienne, dans une ville incon-

¹² (1962), 46 Cr. App. R. 319.

strange city and that she had, even apart from the actual rapes with which she charged the two accused, undergone a very stressful experience over many hours. It is to be noted that the defence theory as to the complainant's anger at failing to obtain the \$20 loan depends on the evidence of the appellant Murphy alone and that when counsel for the appellants cross-examined her as to the allegation that she had attempted to obtain a \$20 loan from the appellant Murphy the complainant answered "No way. I didn't ask him for nothing. As soon as he stopped that car I walked as fast as I could to the nearest phone."

Under all of these circumstances, I am of the opinion that no complaint can be made as to the sufficiency of the charge in reference to the jury's duty of weighing the possibility that the complainant was simulating her distress.

A considerably more difficult problem was advanced in argument by counsel for the appellants as to the availability of the evidence of the complainant's distress as advanced as corroboration in the particular circumstances of this case. It is to be remembered that both appellants admitted that they had taken the complainant into the car driven by the appellant Butt and in which the appellant Murphy rode and driven to the basement apartment occupied by them both and further that the appellant Murphy admitted having intercourse with the complainant but alleged that it had been with the consent of the complainant while the appellant Butt had testified that he had retired to the bedroom and to sleep immediately upon arriving at the apartment and had never left that bedroom or even touched the complainant at any time and his testimony to this effect was confirmed by the appellant Murphy.

Under these circumstances, it is submitted that the evidence as to the overwrought condition of the complainant could not be in any way corroborative of her evidence accusing the appellant Butt and that as to the appellant Murphy even if evidence of the complainant's hysterical condition could be corroborative on the issue of consent in so far as the appellant Murphy is concerned, it could not be corroborative as identifying him and, at any rate,

nue et que, mis à part les viols dont elle accuse les deux inculpés, elle avait dû subir une expérience très angoissante durant plusieurs heures. Il convient de souligner que la thèse de la défense relative à la colère de la plaignante, parce qu'elle n'aurait pas obtenu le prêt de \$20, est uniquement fondée sur le témoignage de l'appelant Murphy; en outre lors du contre-interrogatoire de la plaignante, l'avocat des appelants a cherché à savoir si elle avait demandé à l'appelant Murphy de lui prêter \$20, elle a répondu [TRADUCTION] «Sûrement pas. Je ne lui ai rien demandé. Dès qu'il a arrêté la voiture, je suis allée aussi vite que possible jusqu'au téléphone le plus proche».

Dans ces circonstances, je suis d'avis qu'on ne peut reprocher à l'exposé du juge d'être insuffisant relativement au devoir du jury d'étudier la possibilité que la plaignante ait simulé son désarroi.

L'avocat des appelants a soulevé dans sa plaidoirie le problème beaucoup plus délicat de la valeur, dans les circonstances, de la preuve de l'état de désarroi de la plaignante aux fins de la corroboration. Il est bon de rappeler que les deux appelants ont admis avoir fait monter la plaignante dans la voiture conduite par l'appelant Butt, l'appelant Murphy étant passager, et l'avoir conduite à leur appartement en sous-sol; l'appelant Murphy admet en outre avoir eu des rapports sexuels avec la plaignante mais prétend qu'elle y a consenti; l'appelant Butt a, pour sa part, témoigné que dès son arrivée à l'appartement il s'est retiré dans sa chambre et s'est endormi immédiatement, qu'il n'est pas sorti de sa chambre et qu'il n'a jamais touché la plaignante; ce témoignage a été confirmé par l'appelant Murphy.

Dans les circonstances, on prétend que la grande détresse manifestée par la plaignante ne pouvait en aucune façon corroborer son témoignage inculquant l'appelant Butt, et qu'en ce qui concerne Murphy, la preuve de l'état hystérique de la plaignante pouvait servir de corroboration sur la question du consentement, mais cette preuve ne pouvait servir de corroboration pour identifier Murphy qui, de toute façon, a admis avoir eu des rapports sexuels

he had admitted that he had intercourse with the complainant. It must be carefully considered just what is required by the provisions of s. 142 of the *Code*. It is firstly called into force when "the only evidence that implicates the accused is the evidence, given under oath, of the female person in respect of whom the offence is alleged to have been committed". Those conditions do apply to the present case. Then what is required is "that evidence is not corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused". So that what is required to be corroborated is a material particular of the *evidence* of the complainant. The evidence of the complainant was, as I have already recited, that she was taken by these two appellants acting under a pretence of friendship to the apartment which they occupied and then raped first by the appellant Murphy and then by the appellant Butt. It is a material particular of that evidence which must be corroborated. There is no requirement that the whole of her evidence be corroborated. Were that the requirement, there would be no need for even the evidence of the complainant. The so-called corroborative evidence would be sufficient for a conviction.

It is true that corroboration to be within s. 142, as it then existed, had to be evidence that implicated the accused and counsel for Butt submits that in the light of Murphy's admission of intercourse with the complainant the corroboration was only required as to Murphy on the issue of consent and that the overwrought condition of the complainant, even if capable of corroborating her evidence upon that issue as to Murphy could in no way corroborate her evidence that Butt as well had intercourse with her without her consent. The jury were required to consider all of the evidence upon the issue not only of the identity of her assailants but of her lack of consent. That evidence not only included Murphy's admission that he had intercourse with the complainant, as he alleged with her consent, but also the admissions of both Murphy and Butt that they had picked up this girl while driving about the streets of Vancouver late at night, had done so because they were of the opinion at the time they picked her up that she was a prostitute, that they had taken her to their apartment and, that later when she slept in the

avec la plaignante. Il faut examiner avec soin les exigences de l'art. 142 du *Code*. En premier lieu, la règle s'applique lorsque «la seule preuve qui implique le prévenu est le témoignage, rendu sous serment, de la personne du sexe féminin à l'égard de qui il est allégué que l'infraction a été commise». C'est le cas en l'espèce. Il faut en outre que «ce témoignage (ne soit) pas corroboré sur un détail important par une preuve qui implique le prévenu». La corroboration doit donc porter sur un détail important du *témoignage* de la plaignante. Comme je l'ai déjà indiqué, la plaignante a témoigné que les deux appelants, prétendant agir de façon amicale, l'ont emmenée à leur appartement et que d'abord l'appelant Murphy puis l'appelant Butt l'ont violée. C'est un détail important de ce témoignage qui doit être corroboré. Rien n'exige que tout son témoignage soit corroboré. Si tel n'était pas le cas, le témoignage de la plaignante serait en fait inutile puisque la preuve corroborante suffirait alors pour prononcer une déclaration de culpabilité.

Il est exact que pour que l'ancien art. 142 s'applique, la corroboration doit être une preuve qui implique l'accusé; à ce sujet, l'avocat de Butt soutient qu'à l'égard de Murphy, qui a admis les rapports sexuels avec la plaignante, la corroboration n'était exigée que sur la question du consentement et que l'état de désarroi de la plaignante, même s'il pouvait corroborer la version des faits de cette dernière relativement à Murphy, ne pouvait en aucune façon corroborer son témoignage selon lequel Butt a également eu des rapports sexuels avec elle, sans son consentement. Le jury devait considérer toute la preuve soumise, non seulement sur la question de l'identité de ses assailants mais également sur la question de l'absence de consentement. Cette preuve ne se limitait donc pas à la déclaration de Murphy selon laquelle il a eu des rapports sexuels avec la plaignante, selon lui, consentante. Elle comprenait également les admissions de Murphy et Butt selon lesquelles ils ont fait monter la jeune fille dans leur voiture alors qu'ils circulaient dans les rues de Vancouver tard le soir, croyant à l'époque que c'était une prostituée, et

living room, Murphy testified that he had left the bedroom to which first Butt and then he had retired, had entered the living room and had, as he alleged, intercourse with the complainant with her consent, and then he had retired to the bedroom.

They both testified that later Murphy had left that bedroom again returning to the living room and then, when the complainant desired to be driven downtown, had again returned to the bedroom to borrow the car keys from Butt. Murphy then testified that he drove the complainant downtown and that when she attempted in vain to borrow \$20 from him she left the automobile. This latter incident, as I have pointed out, was denied vehemently by the complainant.

It is all of that evidence plus the complainant's distraught condition upon which the Crown relies as corroboration of not only Murphy's but Butt's rape of the complainant. The jury were entitled to consider all of that evidence and to come to the conclusion that that evidence with its rather unusual outline of events does corroborate the evidence of the complainant. It was that evidence which the learned trial judge left to the jury as evidence which they might find corroborative of the complainant's testimony.

In my view, the learned trial judge was correct in his conclusion that that evidence was capable of corroborating the complainant's story implicating each of the accused.

Under these circumstances, therefore, I am of the opinion that the fact that Murphy admitted intercourse with the complainant cannot deprive the whole of the evidence of its corroborative effect as to each of the accused.

As Coady J.A. said in *R. v. Jesseau and Breen*¹³, at p. 296:

[The] defence offered by the respondents is a matter for consideration by the jury and does not affect the question of whether or not the evidence of torn clothing may be corroborative of the complainant's story. That ques-

¹³ (1961), 129 C.C.C. 289.

l'ont conduite à leur appartement, et le témoignage de Murphy selon lequel, plus tard lorsqu'elle dormait dans la salle de séjour, il est sorti de la chambre dans laquelle il s'était retiré avec Butt, est entré dans la salle de séjour et a eu des rapports sexuels avec la plaignante avec son consentement, et est ensuite retourné dans la chambre.

Ils ont tous deux témoigné que plus tard Murphy était de nouveau sorti de la chambre pour aller dans la salle de séjour et qu'il était retourné dans la chambre emprunter les clefs de la voiture de Butt parce que la plaignante voulait qu'on la conduise au centre-ville. Murphy prétend qu'il a donc reconduit la plaignante, qui après avoir vainement tenté de lui emprunter \$20, est sortie de l'automobile. Comme je l'ai indiqué, la plaignante a catégoriquement nié cet incident.

C'est sur tous ces éléments de preuve ainsi que sur l'état de désarroi de la plaignante que se fonde le ministère public pour corroborer la version de la plaignante selon laquelle non seulement Murphy mais Butt l'ont violée. Le jury était fondé à considérer tous ces témoignages et à conclure que la preuve, qui révélait des événements plutôt inhabituels, corroborait la version de la plaignante. C'est cette preuve que le savant juge de première instance a retenue lorsqu'il a indiqué au jury qu'elle pouvait corroborer le témoignage de la plaignante.

A mon avis, le savant juge de première instance a eu raison de conclure que cette preuve pouvait corroborer la version de la plaignante impliquant chacun des accusés.

Dans les circonstances, je suis donc d'avis que le fait que Murphy ait admis avoir eu des rapports sexuels avec la plaignante ne peut enlever à l'ensemble de la preuve sa valeur de preuve corroborante à l'égard de chacun des accusés.

Comme l'a déclaré le juge d'appel Coady dans *R. v. Jesseau and Breen*¹³, à la p. 296:

[TRADUCTION] Il appartient au jury d'apprécier la défense de l'intimée et cela n'a rien à voir avec la question de savoir si la preuve des vêtements déchirés peut corroborer la version de la plaignante. A mon avis,

¹³ (1961), 129 C.C.C. 289.

tion, it seems to me, has to be decided quite apart from the defence evidence, and if more consistent with her story, the jury may find that it is corroborative.

It would be intolerable if evidence which was admissible and relevant as corroboration of the complainant's evidence were made inadmissible or ineffective by some admission made by the accused.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

DICKSON J. (*dissenting in part*)—I have had the advantage of reading the reasons of the Chief Justice with which I agree. I should like, however, to make several observations. First, s. 142 of the *Criminal Code* (now repealed) appears to contain a logical inconsistency. The section requires the judge to instruct the jury in the manner specified if: (i) the only evidence that implicates the accused is the evidence of the female person and (ii) that evidence is not corroborated by evidence that implicates the accused. If the only evidence implicating the accused is that of the female person, it would seem to follow logically that there could be no other evidence implicating the accused. Be that as it may, the intent of the section is clear and trial judges have not experienced difficulty in repeating its language in jury charges. I pass then to the second observation.

This relates to s. 21(1) of the *Code*. This section goes to the question of guilt and not to corroboration, but I think that some reference to it is warranted. Section 21(1) provides that everyone is a party to an offence who actually commits it or does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it or abets any person committing it. In many "gang" rape cases, the Crown relies upon this section to secure conviction of members of the group who may not have had intercourse with the complainant but aided others. In the case at bar, the theory of the Crown was that each of the accused had had intercourse with the complainant. The Crown did not rely upon s. 21 and the judge did not charge on s. 21. The onus therefore rested upon the Crown of proving inter-

cette question doit être étudiée indépendamment de la preuve soumise par la défense et si elle est plus compatible avec la version de la plaignante, le jury pourra décider qu'elle la corrobore.

Il serait inacceptable qu'une preuve admissible et pertinente aux fins de la corroboration de la version de la plaignante devienne irrecevable ou sans effet à cause d'une admission de l'accusé.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

LE JUGE DICKSON (*dissident en partie*)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par le Juge en chef et je partage son opinion. Je tiens toutefois à faire plusieurs remarques. En premier lieu, l'art. 142 du *Code criminel* (maintenant abrogé) semble comporter une incohérence. Selon cet article, le juge doit informer le jury de la manière prescrite si: (i) la seule preuve qui implique le prévenu est le témoignage de la personne du sexe féminin et (ii) si ce témoignage n'est pas corroboré par une preuve qui implique le prévenu. Si la seule preuve qui implique le prévenu est le témoignage de la personne du sexe féminin, il s'ensuit en toute logique qu'aucune autre preuve n'implique le prévenu. Quoi qu'il en soit, le but de l'article est clair et les juges du procès n'ont éprouvé aucune difficulté à en reprendre le sens dans leurs exposés aux jurys. J'en viens donc à la seconde remarque.

Elle concerne l'art. 21(1) du *Code*. Cet article traite de la culpabilité et non de la corroboration, mais je pense qu'il mérite d'être étudié. Selon l'art. 21(1), est partie à une infraction quiconque la commet réellement, accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, ou encourage quelqu'un à la commettre. En matière de viol collectif, le ministère public se fonde souvent sur cet article pour obtenir une déclaration de culpabilité à l'égard des membres du groupe qui n'ont peut-être pas eu de rapports sexuels avec la plaignante mais qui en ont aidé d'autres à commettre l'infraction. En l'espèce, le ministère public prétend que chacun des accusés a eu des rapports sexuels avec la plaignante. Le ministère public n'a pas invoqué l'art. 21 et le juge ne l'a pas mentionné dans son exposé. Il incombait donc au ministère public de prouver que chaque

course by each accused.

During the trial, Murphy admitted intercourse, which left open so far as he was concerned only the question of consent or no consent. On this point, evidence of the distraught condition of the complainant was capable of corroborative effect and Murphy, in my view, was properly convicted.

The position of Butt is different. He testified, confirmed by Murphy, that he had gone to bed upon arrival at the apartment and had taken no part whatever in the events recounted by complainant. When the judge came to consider s. 142, as affecting Butt, the question before him was whether there was evidence on the record implicating Butt, which corroborated in a material particular the evidence of complainant that Butt had had intercourse with her. How does a distraught condition, essentially neutral, incriminate Butt, or lend credence to the story of the complainant that he, in addition to Murphy, forced intercourse upon her? Can a distraught condition in the circumstances of this case be identified with any particular person? Can it be related to any particular act? Can it be said that the condition was attributable to forced sexual intercourse and that the person or one of the persons who forced intercourse upon the complainant was Butt? If not, then it is difficult to see how it can be said to have corroborative force. The possibility of corroborative effect is, no doubt, enhanced by the accuseds' testimony that they were cruising in the middle of the night in downtown Vancouver and that they picked up complainant whom they thought might be a prostitute and took her to the accuseds' apartment where the three remained during the relevant period. Within the totality of the testimony it may be argued that the evidence of hysteria assumed greater significance. Nonetheless, there is no evidence capable of corroborating the vital element in question in the case against Butt, namely intercourse with the complainant. In any rape case, there are essentially two items requiring corroboration, offence and identity. Each needs confirmation. It is not neces-

accusé avait eu des rapports sexuels avec la plaignante.

Au procès, Murphy a admis avoir eu des rapports sexuels et il ne restait donc dans son cas qu'à trancher la question du consentement ou de l'absence de consentement. Sur ce point, la preuve de l'état de désarroi de la plaignante pouvait être considérée comme une corroboration et, à mon avis, c'est à juste titre que Murphy a été déclaré coupable.

Le cas de Butt est différent. Selon son témoignage, confirmé par Murphy, il s'est mis au lit dès qu'il est arrivé à l'appartement et n'a aucunement participé aux incidents rapportés par la plaignante. En étudiant la portée de l'art. 142 à l'égard de Butt, le juge devait se demander s'il existait quelque preuve au dossier impliquant Butt et corroborant sur un détail important le témoignage de la plaignante selon lequel Butt avait eu des rapports sexuels avec elle. Comment la preuve d'un état de désarroi, essentiellement neutre, incrimine-t-elle Butt ou donne-t-elle de la crédibilité à la version de la plaignante que ce dernier, comme Murphy, l'a violée? Dans les circonstances, l'état de désarroi peut-il être identifié à une personne en particulier? Peut-il être relié à un acte particulier? Peut-on dire qu'il résultait d'un viol et que Butt était la personne ou l'une des personnes ayant forcé la plaignante à avoir des rapports sexuels? Dans la négative, il est difficile de voir comment il peut s'agir de preuve corroborante. Il ne fait aucun doute que le témoignage des accusés selon lequel ils draguaient en pleine nuit dans le centre de Vancouver et ont fait monter la plaignante dans la voiture, pensant que c'était une prostituée, et l'ont conduite à leur appartement, où ils sont tous trois restés pendant la période pertinente, accroît cette possibilité. Compte tenu de l'ensemble des témoignages, on peut soutenir que la preuve de l'état hystérique a pris plus d'importance. Néanmoins, aucune preuve ne vient corroborer l'élément fondamental dans le procès intenté contre Butt, à savoir les rapports sexuels avec la plaignante. Dans toute affaire de viol, deux éléments essentiels doivent être corroborés, l'infraction et l'identité. Chacun doit être confirmé. Il n'est pas nécessaire que la

sary that the same evidence corroborate both items but it is essential that both items be corroborated.

In the case of *Warkentin v. The Queen*, in which reasons are being delivered contemporaneously with those in the present appeal, there was not, in my view, corroborative evidence as to identity. In the case at bar there is not, in my view, corroborative evidence as to the offence. It is not enough to find guilt by association.

I would allow the appeal of Butt and grant him a new trial.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. and DICKSON J. dissenting in part.

Solicitor for the appellants: S. R. Chamberlain, Vancouver.

Solicitor for the respondent: F. A. Melvin, Vancouver.

même preuve corrobore ces deux éléments mais il est essentiel que chaque élément le soit.

Dans l'arrêt *Warkentin c. La Reine*, dont les motifs sont rendus en même temps que ceux de ce pourvoi, il n'existait pas, à mon avis, de preuve corroborante sur l'identité. En l'espèce, j'estime qu'il n'y a pas de preuve corroborante sur l'infraction. On ne peut conclure à la culpabilité par association.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi de Butt et de lui accorder un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN et le juge DICKSON étant dissidents en partie.

Procureur des appelants: S. R. Chamberlain, Vancouver.

Procureur de l'intimée: F. A. Melvin, Vancouver.

Regina ex rel. Cedar Crescent Developments Ltd. Appellant;

and

Allan C. Kelly *et al.* and Greater Vancouver Regional Board and Greater Vancouver Regional District Respondents.

1976: November 24, 25; 1976: December 7.

Present: Martland, Judson, Spence, Dickson and Beetz JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Municipal corporations — Expropriation of land — Compensation set by arbitration — Regional Board dissatisfied with amount of award — By-law to abandon expropriation passed in camera — Validity of by-law — Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, s. 492.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, dismissing an appeal from a judgment of Dryer J. refusing a writ of mandamus to compel the Greater Vancouver Regional Board to comply with an arbitration award. Appeal dismissed.

D. W. Shaw, for the appellant.

J. Giles and *P. Parsons*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—I am in agreement with the reasons and conclusions stated by Maclean J.A. on behalf of the majority of the British Columbia Court of Appeal. I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Davis & Co., Vancouver.

Solicitors for the respondents: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

¹ [1976] W.W.D. 59, 14 N.R. 525.

Regina ex rel. Cedar Crescent Developments Ltd. Appelante;

et

Allan C. Kelly *et autres* et le Greater Vancouver Regional Board et le Greater Vancouver Regional District Intimés.

1976: les 24 et 25 novembre; 1976: le 7 décembre.

Présents: Les juges Martland, Judson, Spence, Dickson et Beetz.

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

Municipalités — Expropriation de terrains — Indemnité fixée par arbitrage — Regional Board insatisfait du montant de l'indemnité — Arrêté d'abandon de l'expropriation pris à huis-clos — Validité de l'arrêté — Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, art. 492.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, rejetant un appel d'un jugement du juge Dryer refusant d'émettre un *mandamus* pour contraindre le Greater Vancouver Regional Board à se conformer à l'arbitrage. Pourvoi rejeté.

D. W. Shaw, pour l'appelante.

J. Giles et *P. Parsons*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Je souscris aux motifs et conclusions formulés par le juge Maclean au nom de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Davis & Co., Vancouver.

Procureurs des intimés: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

¹ [1976] W.W.D. 59, 14 N.R. 525.

Her Majesty The Queen *Appellant;*

and

Thomas David Norman Anderson
Respondent.

1977: March 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Information — Alleged nullity first raised in Court of Appeal — Validity of information not open to Court of Appeal.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, allowing respondent's appeal against his conviction on a charge of unlawful assault causing bodily harm. Appeal allowed.

B. R. D. Smith, for the appellant.

D. D. Owen-Flood, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are all of the opinion that this appeal should be allowed, the judgment of the British Columbia Court of Appeal should be set aside and the conviction restored. Assuming that, as a result of the evidence, the information on which the accused Anderson was tried was vulnerable—and we make no finding on this point—no motion was made to quash the information, and the issue of its alleged nullity was only raised for the first time in the Court of Appeal and by an amendment to the notice of appeal. The trial was conducted and completed upon an information valid on its face to which no objection was taken. We do not think that the validity of the information was open to consideration by the Court of Appeal in these circumstances.

Judgment accordingly.

¹ (1976), 14 N.R. 451.

Sa Majesté La Reine *Appelante;*

et

Thomas David Norman Anderson *Intimé.*

1977: le 2 mars.

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

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

Droit criminel — Dénonciation — Prétendue nullité invoquée pour la première fois en Cour d'appel — La Cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'examiner la validité de la dénonciation.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, accueillant l'appel de l'intimé de sa déclaration de culpabilité sur une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles. Pourvoi accueilli.

B. R. D. Smith, pour l'appelante.

D. D. Owen-Flood, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir la déclaration de culpabilité. A supposer que, à la suite des témoignages, la dénonciation sur laquelle l'accusé Anderson a été jugé, était attaquable—et nous ne nous prononçons pas sur ce point—aucune requête en annulation n'a été présentée et la question de sa prétendue nullité a été soulevée pour la première fois en appel, par modification de l'avis d'appel. Le procès a eu lieu sur la base d'une dénonciation valide à première vue et n'ayant fait l'objet d'aucune opposition. Nous ne pensons pas, dans les circonstances, que la Cour d'appel avait le pouvoir d'examiner la validité de la dénonciation.

Jugement en conséquence.

¹ (1976), 14 N.R. 451.

Solicitors for the appellant: Pearlman & Lindholm, Victoria.

Solicitors for the respondent: Owen-Flood, Cox & Turnham, Victoria.

Procureurs de l'appelante: Pearlman & Lindholm, Victoria.

Procureurs de l'intimé: Owen-Flood, Cox & Turnham, Victoria.

Pacific Logging Company Limited *Appellant;*

and

The Assessor for the Province of British Columbia *Respondent.*

1977: May 4.

Present: Martland, Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Assessment — Lakebeds — Arbitrary method of assessment — Error in law — Assessment Equalization Act, R.S.B.C. 1960, c. 18, s. 37(1).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia reversing a judgment of Wootton J. on an appeal by way of stated case from a decision of the Assessment Appeal Board. Appeal allowed.

R. B. Hutchison, for the appellant.

K. C. Murphy, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—We are in agreement with the reasons for judgment delivered by MacIntyre J.A., in the Court of Appeal. The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside. The judgment at trial is restored but subject to variation thereof by substituting for the opinion expressed in answer to the question the following: “Yes, the assessor erred in law in adopting an arbitrary method of assessment”.

The matter is referred back to the assessor for re-assessment. The appellant is entitled to costs throughout.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Crease & Co., Victoria.

Solicitors for the respondent: Harman & Co., Victoria.

Pacific Logging Company Limited *Appelante;*

et

Le commissaire aux évaluations de la province de la Colombie-Britannique *Intimé.*

1977: le 4 mai.

Présents: Les juges Martland, Spence, Pigeon, Dickson et Beetz.

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

Évaluation — Lits du lac — Méthode arbitraire d'évaluation — Erreur de droit — Assessment Equalization Act, R.S.B.C. 1960, c. 18, par. 37(1).

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique infirmant le jugement du juge Wootton en appel sur dossier d'une décision de l'Assessment Appeal Board. Pourvoi accueilli.

R. B. Hutchison, pour l'appelante.

K. C. Murphy, c.r., pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE MARTLAND—Nous souscrivons aux motifs de jugement formulés par le juge MacIntyre en Cour d'appel. Le pourvoi est accueilli et l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé. Le jugement de première instance est rétabli sous réserve d'une modification, à savoir la substitution de la réponse suivante à la question posée: «Oui, le commissaire a commis une erreur de droit en adoptant une méthode arbitraire d'évaluation».

L'affaire est renvoyée devant le commissaire pour une nouvelle évaluation. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Crease & Co., Victoria.

Procureurs de l'intimé: Harman & Co., Victoria.

Lyle Neal *Appellant*;

and

**The Attorney General of Saskatchewan and
His Honour P. J. Dielschneider** *Respondents*.

1977: May 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Practice — Accused acquitted on summary conviction charge — Failure of Crown to pursue appeal by way of trial de novo within prescribed period — Ex parte order for extension of time — District Court judge deprived of jurisdiction to make extension order.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan denying an application to quash an *ex parte* order for extension of time granted by Dielschneider D.C.J. Appeal allowed.

M. C. Shumiatcher, Q.C., and *E. J. Neufeld*, for the appellant.

S. Kujawa, Q.C., for the respondents.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We are all of the opinion that this appeal should be allowed and the order for extension of time obtained *ex parte* by the Crown set aside. In this case, the accused was acquitted on a summary conviction charge and the Crown failed to pursue its appeal by way of trial *de novo* within the prescribed thirty-day period. It moved thereafter *ex parte*, for an extension of time, which was granted. In our view, the accused should have been given notice of the application for extension, and the failure to do this deprived the District Court judge of jurisdiction to make the extension order. The appeal is accordingly allowed with costs but with one counsel fee only.

Lyle Neal *Appellant*;

et

**Le procureur général de la Saskatchewan et
monsieur le juge P. J. Dielschneider** *Intimés*.

1977: le 10 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Pratique — Accusé acquitté d'une accusation visant une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité — Le ministère public a omis de poursuivre son appel par voie de procès de novo dans le délai prescrit — Ordonnance ex parte de prorogation du délai — Le juge de la Cour de district est privé de la compétence pour prononcer l'ordonnance de prorogation.

POURVOI interjeté d'un jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan rejetant une demande d'annulation d'une ordonnance de prorogation de délai obtenue *ex parte* et accordée par le juge Dielschneider de la Cour de district. Pourvoi accueilli.

M. C. Shumiatcher, c.r., et *E. J. Neufeld*, pour l'appelant.

S. Kujawa, c.r., pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes d'avis d'accueillir ce pourvoi et d'annuler l'ordonnance de prorogation de délai obtenue *ex parte* par le ministère public. En l'espèce, le prévenu a été acquitté d'une accusation visant une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, mais le ministère public a omis de poursuivre son appel par voie de procès *de novo* dans le délai de trente jours prescrit. Il a ensuite présenté *ex parte* une demande de prorogation de délai qui a été accordée. A notre avis, le prévenu aurait dû être informé de cette demande de prorogation et ce manquement enlève au juge de la Cour de district la compétence pour prononcer l'ordonnance de prorogation. Le pourvoi est donc accueilli avec dépens, mais pour les honoraires d'un seul avocat.

Judgment accordingly.

*Solicitors for the appellant: Shumiatcher,
Findlay & Neufeld, Regina.*

*Solicitor for the respondents: H. M. Ketcheson,
Regina.*

Jugement en conséquence.

*Procureurs de l'appelant: Shumiatcher, Findlay
& Neufeld, Regina.*

*Procureur des intimés: H. M. Ketcheson,
Regina.*

Allan Frederick Lavallée *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1977: May 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Evidence — Identification evidence — Use of photographs — Sufficient to support conviction.

Appeal — Statement to police allowed into evidence — Leave to appeal refused on question whether trial judge erred in law in connection with request for voir dire.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba dismissing an appeal by the appellant from his conviction on one charge of break, enter and theft and another of simple theft. Appeal quashed.

J. L. Sinclair, for the appellant.

J. G. Dangerfeld, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are all of the opinion that this appeal should be quashed. We do not think that any question of law arises under Justice O'Sullivan's dissent on the question of the identification evidence through the use of photographs. At the most, the issue raised in the dissent involves a question of the sufficiency or weight of the evidence.

We refuse leave to appeal on the question whether the trial judge had erred in law in connection with the request for a *voir dire*. This point was not raised before the Manitoba Court of Appeal, and we do not think that, in the circumstances revealed by the record, the point arises in a form that would warrant its consideration here.

Judgment accordingly.

Allan Frederick Lavallée *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1977: le 17 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Preuve — Preuve d'identité — Photographies — Preuve suffisante pour étayer la déclaration de culpabilité.

Appel — Déclaration de la police admise en preuve — Autorisation d'appel refusée sur la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit à l'égard de la demande de «voir dire».

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba rejetant l'appel interjeté par l'appelant de sa déclaration de culpabilité sur une accusation de vol simple et de vol avec effraction. Pourvoi annulé.

J. L. Sinclair, pour l'appelant.

J. G. Dangerfeld, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis d'annuler ce pourvoi. Nous estimons que la dissidence du juge O'Sullivan relative à la preuve d'identification par la présentation de photographies ne soulève aucune question de droit. Elle pose tout au plus le problème de la suffisance ou de la valeur de la preuve.

Nous n'accordons pas l'autorisation d'interjeter appel relativement à la question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur de droit à l'égard de la demande de «voir dire». Ce moyen n'a pas été invoqué devant la Cour d'appel du Manitoba et, vu les circonstances exposées au dossier, nous ne pensons pas que la manière dont la question se pose justifie l'examen de ce moyen.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Sinclair, McCulloch, Kress & Jachetta, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Manitoba.

Procureurs de l'appelant: Sinclair, McCulloch, Kress & Jachetta, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba.

Chief François Paulette *et al.* Appellants;

and

Her Majesty The Queen Respondent.

1976: December 3; 1976: December 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
THE NORTHWEST TERRITORIES

Real property — Unpatented Crown land — Caveat claiming interest by way of aboriginal rights — Filing of caveat against unpatented Crown lands not permitted — Land Titles Act, R.S.C. 1970, c. L-4, ss. 2, 35, 48, 49, 54, 56, 95, 134(2).

Sixteen Indian chiefs, acting for themselves and for other Indians in the Northwest Territories, presented to the Registrar of Titles for filing a caveat claiming an interest, by way of aboriginal rights, in some 400,000 square miles of land in those Territories. The Registrar, confronted with the twin problems of the interest of the persons making the application and of the duty, if any, cast upon him to accept the caveat and note it in his day-book, invoked s. 154(1) of the *Land Titles Act*, R.S.C. 1970, c. L-4, and referred them to the Supreme Court of the Northwest Territories. The trial judge held that the Indian chiefs had standing to present the caveat, that their claim of an interest in the lands affected was a cognizable one by reason of their aboriginal rights and that the *Land Titles Act* permitted the caveat to be filed in relation to unpatented Crown land. The last-mentioned conclusion, which was the only one that the Northwest Territories Court of Appeal felt was at issue, was set aside by that Court on a four to one decision. An appeal from that decision was brought to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

In this case, where there was neither a Crown grant before or after January 1, 1887 (which date marked the introduction in the Northwest Territories of a land titles system in place of the pre-existing document registration system), it was not enough to support the contention of the appellants that the Act under review appears to envisage that there may be "instruments" recorded

Les chefs François Paulette *et autres* Appelants;

et

Sa Majesté La Reine Intimée.

1976: le 3 décembre; 1976: le 20 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DES TERRITOIRES
DU NORD-OUEST

Immeubles — Biens-fonds non régis par des lettres patentes — Opposition inscrite pour revendiquer un intérêt fondé sur des droits aborigènes — Irrecevabilité d'une opposition visant des biens-fonds de la Couronne non régis par des lettres patentes — Loi sur les titres de biens-fonds, S.R.C. 1970, c. L-4, art. 2, 35, 48, 49, 54, 56, 95 et 134(2).

Seize chefs indiens, agissant pour eux-mêmes et au nom d'autres Indiens des territoires du Nord-Ouest, ont présenté, aux fins d'enregistrement par le registrateur de titres, une opposition par laquelle ils prétendent avoir un intérêt fondé sur des droits aborigènes sur quelque 400,000 milles carrés de ces territoires. Le registrateur, aux prises avec le double problème de l'intérêt des auteurs de la demande et de son obligation, le cas échéant, d'accepter l'opposition et de l'inscrire à son journal, a invoqué l'art. 154(1) de la *Loi sur les titres de biens-fonds*, S.R.C. 1970, c. L-4, et a référé la question à la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest. Le juge de première instance conclut que les chefs indiens avaient qualité pour présenter l'opposition, que leur revendication d'un droit dans les biens-fonds était recevable en raison de leurs droits aborigènes et que la *Loi sur les titres de biens-fonds* autorisait le dépôt d'une opposition portant sur des biens-fonds de la Couronne non régis par des lettres patentes. A la majorité de quatre contre un, la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest a infirmé cette dernière conclusion qu'elle a considérée comme l'unique question en litige. Pourvoi est interjeté de cette décision devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

En l'espèce, puisqu'il n'y a pas eu de concession de la Couronne ni avant ni après le 1^{er} janvier 1887 (date à laquelle fut introduit dans les territoires du Nord-Ouest un système d'enregistrement des titres de biens-fonds qui remplaçait le système d'enregistrement de documents) on ne peut retenir la prétention des appelants selon laquelle la loi examinée paraît envisager la possibi-

against unpatented land, as indicated by s. 50 or that a mortgage or encumbrance may be filed in respect of unpatented Crown land by a person in possession thereof, as indicated by s. 95. Although ss. 48 and 49, which deal with Crown grants made after January 1, 1887, envisage that there may be "encumbrances or other instruments" affecting the previously unpatented land, those sections do not speak of a "caveat", as does s. 56, which relates to land for which a Crown grant was made before January 1, 1887. In short, there is no indication in ss. 48 or 49, nor anywhere else in the Act, that a caveat can be filed in respect of unpatented Crown land. A grant thereof made by the Crown cannot be affected by a caveat purportedly filed before the grant is made. Such a caveat should not be accepted for filing by the Registrar of Titles, and, if accepted, would be of no effect.

A caveat is not an "instrument" as defined in the Act, nor is it an "encumbrance" within the definition of that term in the Act. Again, only the terms "encumbrances" and "instruments" are mentioned in s. 49, which relates to the making of Crown grants; and, moreover, the term "caveat" is mentioned separately from the terms "encumbrance" and "instrument" in s. 56. In these circumstances, and in the absence of any such provision in the federal Act as there was in the original *Alberta Land Titles Act* of 1906 and as there is in the present *Alberta Act*, R.S.A. 1970, c. 170, s. 141, and as there now is in Saskatchewan, (which Provinces, prior to their formation in 1905, were parts of the Northwest Territories and as such governed by *The Territories Real Property Act* 1886 (Can.), c. 26, and the *Land Titles Act*, 1894 (Can.), c. 28, and whose original *Land Titles Acts* bore considerable similarity to the Act of 1894), for the filing of a caveat against unpatented Crown land, the contentions of the appellants on the matters in issue were untenable.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for the Northwest Territories¹, allowing appeals from judgments of Morrow J. holding that the appellants were entitled to file a caveat with respect to certain lands in which they claimed an interest by way of aboriginal rights. Appeal dismissed.

¹ [1976] 2 W.W.R. 193, 63 D.L.R. (3d) 1.

lité que des «actes» enregistrés visent un bien-fonds non régi par des lettres patentes, comme l'indique l'art. 50, ou qu'une hypothèque ou une charge puisse être déposée à l'égard d'un bien-fonds de la Couronne non régi par des lettres patentes, par une personne en possession de ce bien-fonds, comme l'indique l'art. 95. Même si les art. 48 et 49 relatifs à des concessions de la Couronne accordées après le 1^{er} janvier 1887, entrevoient la possibilité qu'une «charge ou un acte» vise un bien-fonds non régi antérieurement par des lettres patentes, ces articles ne parlent pas d'«opposition» comme l'art. 56 qui traite d'un bien-fonds qui a fait l'objet d'une concession avant le 1^{er} janvier 1887. Bref, ni le texte des art. 48 et 49, ni le reste de la Loi, ne permet de conclure qu'on peut déposer une opposition à l'égard d'un bien-fonds de la Couronne non régi par des lettres patentes. Une concession accordée par la Couronne ne peut être touchée par une opposition prétendument déposée antérieurement à l'octroi de la concession. Le registrateur des titres ne doit pas accepter une telle opposition pour enregistrement et, s'il le fait, elle est sans effet.

Une opposition n'est pas un «acte ou instrument» ni une «charge» selon les définitions qu'en donne la Loi. Seuls les termes «charge» et «acte» sont mentionnés à l'art. 49 portant sur l'octroi de concessions par la Couronne; en outre, à l'art. 56, le mot «opposition» est séparé des termes «charge» et «acte». Dans ces circonstances, et vu l'absence dans la loi fédérale de disposition similaire à celles de la première *Land Titles Act* de l'Alberta, de 1906, de l'actuelle *Land Titles Act* de l'Alberta, R.S.A. 1970, c. 170, art. 141 et de la présente loi de la Saskatchewan (Provinces qui, avant d'acquérir leur statut en 1905, faisaient partie des territoires du Nord-Ouest et étaient donc régies par l'*Acte de la propriété foncière dans les Territoires* (1886) (Can.), c. 26, et l'*Acte des titres des biens-fonds*, 1894 (Can.), c. 28, et dont les *Land Titles Acts* initiaux étaient très similaires à la loi de 1894), concernant le dépôt d'une opposition visant un bien-fonds de la Couronne non régi par des lettres patentes, les prétentions des appelants à ce sujet sont insoutenables.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest¹, accueillant les appels des jugements du juge Morrow qui avait statué que les appelants pouvaient déposer une opposition relative à des biens-fonds dans lesquels ils prétendent avoir un intérêt en raison de leurs droits aborigènes. Pourvoi rejeté.

¹ [1976] 2 W.W.R. 193, 63 D.L.R. (3d) 1.

J. P. Brumlik, Q.C., and *C. G. Sutton*, for the appellants.

G. W. Ainslie, Q.C., *I. Whitehall* and *T. B. Marsh*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this appeal is whether the provision of the *Land Titles Act*, R.S.C. 1970, c. L-4, respecting the filing of caveats apply to unpatented Crown land so as to oblige the Registrar of Titles to accept for filing in his day-book a caveat claiming an interest in such land. Put another way, the question here is whether unpatented Crown land in the Northwest Territories is subject to the *Land Titles Act* aforesaid so long as such land remains unpatented. It is common ground that any caveat touching unpatented Crown land could only be entered in the day-book which the Registrar is obliged to keep pursuant to s. 35. It could not be noted by way of a memorandum on a certificate of title as prescribed by s. 134(1) since unpatented Crown land is not the subject of any registered title.

The matter now before this Court, brought here by its leave, arose as follows. Sixteen Indian chiefs, acting for themselves and for other Indians in the Northwest Territories, presented to the Registrar of Titles for filing a caveat claiming an interest, by way of aboriginal rights, in some 400,000 square miles of land in those Territories. The Registrar, confronted with the twin problems of the interest of the persons making the application and of the duty, if any, cast upon him to accept the caveat and note it in his day-book, invoked s. 154(1) of the Act and referred them to the Supreme Court of the Northwest Territories in the following terms:

A question has arisen as to the legal validity, and the extent, right and interest of the persons making application, to forbid the registration of any Transfer, and whether the Registrar has a duty conferred or imposed upon him, by the Land Titles Act, to lodge such a document, and enter same in the day book.

J. P. Brumlik, c.r., et *C. G. Sutton*, pour les appelants.

G. W. Ainslie, c.r., *I. Whitehall* et *T. B. Marsh*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Il s'agit dans ce pourvoi de déterminer si les dispositions de la *Loi sur les titres de biens-fonds*, S.R.C. 1970, c. L-4 relatives à l'inscription d'oppositions (*caveats*), s'appliquent aux biens-fonds de la Couronne qui n'ont pas fait l'objet de lettres patentes et obligent donc le registrateur de titres à inscrire dans le journal une opposition par laquelle on prétend à un intérêt dans lesdits biens-fonds. Autrement dit, il s'agit de déterminer si les biens-fonds de la Couronne situés dans les territoires du Nord-Ouest, tant qu'ils ne sont pas régis par des lettres patentes, sont assujettis à la *Loi sur les titres de biens-fonds*. Il est admis que toute opposition touchant un bien-fonds non régi par des lettres patentes ne pourrait être inscrite qu'au journal tenu par le registrateur conformément à l'art. 35. Elle ne peut être inscrite sous forme de note sur le certificat de titre comme le prescrit l'art. 134(1) car un bien-fonds de la Couronne qui n'est pas régi par des lettres patentes ne fait l'objet d'aucun titre enregistré.

L'affaire portée devant la Cour, avec sa permission, s'est déroulée comme suit. Seize chefs indiens, agissant pour eux-mêmes et au nom d'autres Indiens des territoires du Nord-Ouest, ont présenté, aux fins d'enregistrement par le registrateur de titres, une opposition par laquelle ils prétendent avoir un intérêt, fondé sur des droits aborigènes, sur quelque 400,000 milles carrés de ces territoires. Le registrateur, aux prises avec le double problème de l'intérêt des auteurs de la demande et de son obligation, le cas échéant, d'accepter l'opposition et de l'inscrire dans son journal, a invoqué l'art. 154(1) de la Loi et a référé la question à la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Les auteurs de la demande visant à interdire l'enregistrement de tout acte de cession ont-ils le droit de le faire et ont-ils un intérêt suffisant? La demande est-elle valide sur le plan juridique? Enfin le registrateur est-il tenu, aux termes de la *Loi sur les titres de biens-fonds*, de procéder à l'enregistrement de ce document et à son inscription dans le journal?

At the hearing, which first came on before Morrow J. on April 3, 1973, and was then adjourned for argument to May 15 and 16, 1973, and continued on July 9, 1973, that learned judge noted in a preliminary set of reasons which were issued on June 14, 1973 (and which were confined to the question of his jurisdiction) that the Crown conceded that the claim presented in the caveat was one asserting an interest in land. It was, however, the position of Crown counsel before this Court that the assertion could not be substantiated to support the lodging of a caveat under the *Land Titles Act*. It seems to me that this is an issue that would have to be fought out on a challenge to the validity or merit of the caveat and not on a challenge of the right to file it. No doubt, as Morrow J. noted, the two questions would have come together if the caveat had been accepted and it had been left to the caveators, upon proper challenge, to establish the right claimed thereunder. The course of proceedings, both before Morrow J. and before the Northwest Territories Court of Appeal, made it clear (and indeed counsel on both sides so affirmed) that it was unnecessary to determine the character or extent of the asserted aboriginal rights but only whether the *Land Titles Act* permitted the lodging of the caveat where, *ex facie*, an interest in land was claimed thereunder.

In lengthy reasons, delivered on September 6, 1973, and which carefully examined the novel issue presented by the Registrar's reference, Morrow J. held that the Indian chiefs had standing to present the caveat, that their claim of an interest in the lands affected was a cognizable one by reason of their aboriginal rights and that the *Land Titles Act* permitted the caveat to be filed in relation to unpatented Crown land. This last-mentioned conclusion, which is the only one that the Northwest Territories Court of Appeal felt was at issue, was set aside by that Court on a four to one decision, Moir J.A. being alone in dissent.

A l'audience, tenue devant le juge Morrow le 3 avril 1973, puis ajournée aux 15 et 16 mai 1973 pour les plaidoiries, et reprise le 9 juillet 1973, le savant juge a souligné, dans des motifs préliminaires exposés le 14 juin 1973 (et limités à la question de sa compétence), que la Couronne admettait que la réclamation présentée dans l'opposition était une revendication d'un droit sur un bien-fonds. Toutefois, devant cette Cour, l'avocat de la Couronne a plaidé que cette revendication ne pouvait être étayée afin d'établir le bien-fondé du dépôt de l'opposition en vertu de la *Loi sur les titres de biens-fonds*. A mon avis, ce serait une question à discuter dans le cadre d'une contestation de la validité ou du bien-fondé de l'opposition et non dans le cadre d'une contestation du droit de l'enregistrer. Il ne fait aucun doute, comme l'a signalé le juge Morrow, que les deux questions se seraient posées ensemble si l'opposition avait été acceptée et si les opposants avaient eu la possibilité d'établir dans le cours normal d'une action en justice le bien-fondé du droit revendiqué. Les procédures devant le juge Morrow et devant la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest indiquent clairement (et, d'ailleurs, les avocats des parties l'ont reconnu) qu'il n'était pas nécessaire de statuer sur la nature ou sur la portée des droits aborigènes revendiqués, mais qu'il fallait uniquement déterminer si la *Loi sur les titres de biens-fonds* autorisait le dépôt d'une opposition lorsqu'en fait on y réclamait un droit dans un bien-fonds.

Dans de longs motifs, exposés le 6 septembre 1973, et où il a fait un examen approfondi de la question sans précédent soumise dans le renvoi du registrateur, le juge Morrow conclut que les chefs indiens avaient qualité pour présenter l'opposition, que leur revendication d'un droit dans les biens-fonds en question était recevable en raison de leurs droits aborigènes et que la *Loi sur les titres de biens-fonds* autorisait le dépôt d'une opposition portant sur des biens-fonds de la Couronne non régis par des lettres patentes. A la majorité de quatre contre un (le juge Moir étant seul en dissidence), la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest a infirmé cette dernière conclusion qu'elle a considérée comme l'unique question en litige.

Counsel for the appellants in this Court emphasized (as did Moir J.A. in dissent) that a caveat does not create new rights but merely gives notice of a claim which may later have to be substantiated. This does not alter the fact that, so long as it remains on the register, it follows the title as a clog thereon. Since we are not concerned here with whether the caveat could be maintained if properly lodged, it is beside the point to contend that it asserts an existing interest. That is the beginning of the problem in the present case and not its solution. Certainly, if there was a transfer of the registered title, followed by the issue of a new certificate of title to a transferee for value, any interest claimable against the transferor but not asserted by a caveat would be lost as against the transferee. The lodging of a caveat, its acceptance for filing and for notation on the register are, therefore, of significance in themselves.

In his reasons, Sinclair J.A. set out the history of Land Titles legislation affecting the Northwest Territories from the time such legislation replaced the preexisting registry system on January 1, 1887. That historical examination led him to the conclusion that in general the legislation operated only in respect of land for which a certificate of title had been issued and in respect of land which had been the subject of a Crown grant and for which there had been an application for a certificate of title. I shall return later to this last-mentioned aspect, but I wish now to set out what I think are the relevant sections of the present Act which need to be considered on the issue before this Court.

The following provisions of the *Land Titles Act* should be noted:

2. In this Act

“grant” means any grant of Crown land, whether by letters patent under the Great Seal, a notification or any other instrument whether in fee or for years, and whether direct from Her Majesty or by or pursuant to any statute;

L’avocat des appelants devant cette Cour a souligné (comme l’a fait le juge Moir dans sa dissidence) qu’une opposition ne crée pas de droits, mais consiste uniquement à faire connaître une revendication dont le bien-fondé devra éventuellement être prouvé. Cela ne change rien au fait qu’aussi longtemps qu’elle apparaît au registre, l’opposition suit le titre et constitue de ce fait une entrave. Puisque nous n’avons pas à nous prononcer en l’espèce sur la validité de l’opposition, si elle était régulièrement déposée, il ne sert à rien de prétendre qu’elle revendique un intérêt existant. C’est là poser le problème, mais non le résoudre. Certes, s’il y avait transfert du titre enregistré, suivi de la délivrance d’un nouveau certificat de titre à un cessionnaire, à titre onéreux, un droit opposable au cédant, mais non revendiqué par une opposition, ne pourrait pas être opposé au cessionnaire. Le dépôt d’une opposition et son acceptation pour consignation et inscription d’une note au registre ont donc une importance intrinsèque.

Dans ses motifs, le juge d’appel Sinclair fait l’historique de la législation relative aux titres de biens-fonds concernant les territoires du Nord-Ouest depuis le 1^{er} janvier 1887, date à laquelle cette législation a remplacé l’ancien système d’enregistrement. Cette analyse historique l’a conduit à la conclusion qu’en général la législation ne s’appliquait qu’aux biens-fonds à l’égard desquels un certificat de titre avait été délivré et à ceux qui avaient fait l’objet d’une concession par la Couronne et à l’égard desquels on avait demandé un certificat de titre. Je reviendrai sur ce dernier point; je veux tout d’abord citer les dispositions de la loi actuelle que j’estime pertinentes et qui doivent être examinées pour trancher le litige soumis à la Cour.

Les articles suivants de la *Loi sur les titres de biens-fonds* méritent d’être cités:

2. Dans la présente loi

«concession» signifie toute concession de terres de la Couronne, que ce soit par lettres patentes délivrées sous le grand sceau du Canada, par une notification ou par tout autre acte, en propriété absolue ou pour un certain nombre d’années, faite soit directement de la part de Sa Majesté, soit sous le régime ou en conformité de quelque disposition statutaire;

“instrument” means any grant, certificate of title, conveyance, assurance, deed, map, plan, will, probate or exemplification of probate of will, letters of administration or an exemplification thereof, mortgage or encumbrance, or any other document in writing relating to or affecting the transfer of or other dealing with land or evidencing title thereto;

“notification” means a direction in a form prescribed by the Governor in Council pursuant to the *Territorial Lands Act* and issued pursuant to that Act;

“registration” means

(a) the bringing of lands under the provisions of this Act; and

(b) the entering upon the certificate of title of a memorandum authorized by this Act, of any documents,

and “filing” means the entering in the day-book of any instrument;

35. The registrar shall keep a book called the day-book, in which shall be entered by a short description every instrument given in for registration relating to lands for which a certificate of title has issued or been applied for, with the day, hour and minute of its so being given in.

36. For the purposes of priority between mortgagees, transferees and others, the time entered in the day-book pursuant to section 35 shall be taken as the time of registration.

38. Unless required so to do by order of a court or judge, the registrar shall not receive or enter in the day-book any instrument until the duplicate certificate of title for the land affected is produced to him so as to enable him to enter the proper memorandum on such duplicate certificate.

39. A duplicate certificate of title for the lands affected need not be produced in the case of

(a) executions against lands, caveats, mechanics' liens, transfers by a sheriff or municipal officer or by order of a court or judge;

40. The registrar shall also keep a book or books which shall be called the register, and shall enter therein

«instrument» ou «acte» signifie toute concession, tout certificat de titre, transport, assurance, acte, carte, plan, testament, acte d'homologation ou ampliation d'acte d'homologation de testament, lettres d'administration ou leur application, hypothèque ou charge, ou tout autre document par écrit concernant ou touchant une cession ou autre disposition de biens-fonds constituant une preuve de titre à leur égard;

«notification» signifie un ordre en la forme prescrite par le gouverneur en conseil en conformité de la *Loi sur les terres territoriales* et émis en conformité de cette loi;

«enregistrement» signifie

a) l'assujettissement de biens-fonds à l'application de la présente loi, et

b) l'inscription sur le certificat de titre d'un memorandum, autorisé par la présente loi, de tout document;

et «dépôt» signifie l'inscription au journal de tout instrument;

35. Le registrateur tient un livre désigné sous le nom de «journal», où sont inscrits, par une désignation succincte, tous les actes relatifs à des biens-fonds pour lesquels un certificat de titre a été délivré ou demandé et qui sont présentés à l'enregistrement, avec mention du jour, de l'heure et de la minute de leur présentation.

36. Pour la détermination de la priorité entre créanciers hypothécaires, cessionnaires et autres, les date et heure ainsi inscrites au journal conformément à l'article 35 sont censées celles de l'enregistrement.

38. A moins qu'il n'en ait été requis par un ordre d'une cour ou d'un juge, le registrateur, tant que le double du certificat de titre des biens-fonds en question ne lui a pas été présenté afin qu'il puisse consigner les notes qu'il convient d'y inscrire, ne peut recevoir ni inscrire aucun acte au journal.

39. Un double du certificat de titre des biens-fonds visés n'a pas besoin d'être produit s'il s'agit

a) d'exécutions contre des biens-fonds, d'oppositions, de privilèges de constructeurs, de transports de la part d'un shérif ou d'un fonctionnaire municipal ou par ordre d'une cour ou d'un juge;

40. Le registrateur tient un ou plusieurs livres désignés sous le nom de «registres», et il y consigne tous les

all certificates of title, and shall record therein the particulars of all instruments, dealings and other matters by this Act required to be registered or entered in the register and affecting the land included in such certificate of title.

48. Whenever any land is granted in the Territories by the Crown, the letters patent or notification therefor, when issued, shall be forwarded to the registrar of the registration district in which the land so granted is situated, and the registrar shall retain the letters patent or notification in his office.

49. A certificate of title, as provided by this Act, with any necessary qualification, shall be granted to a patentee or a person named in a notification, and a duplicate of such certificate of title shall be issued to the patentee or person so named, free of all fees and charges, if at the time of the issue thereof there are no encumbrances or other instruments affecting the land registered in the land titles office.

53. The owner of any estate for life or for a term of more than three years, in any land for which the grant from the Crown has been registered, may apply to have his title registered, and to have a certificate of title issued to him therefor under this Act.

54. (1) The owner of any estate or interest in any land, whether legal or equitable, letters patent for which issued from the Crown before the 1st day of January 1887, or which otherwise had prior to that date passed from the Crown, may apply to have his title registered under this Act.

(2) If at the time of the grant of the certificate of title, there are no registered encumbrances or conveyances affecting such land, the certificate may be granted to the patentee upon payment of such fees as are fixed by the Governor in Council, but no fees are payable therefor under the provisions of this Act relating to the assurance fund.

56. Where the applicant is the original grantee of the Crown, and no deed, transfer, mortgage or other encumbrance, or instrument of caveat affecting the title appears to have been recorded; or where he is not the original grantee, and all the original title deeds are produced, and no person other than the applicant is in actual possession of the land, and no caveat has been registered, the registrar, if he entertains no doubt as to

certificats de titre; et il y inscrit les détails de tous les actes, opérations et autres choses que la présente loi prescrit d'enregistrer ou de consigner dans ces registres et qui ont trait au bien-fonds que vise ce certificat de titre.

48. Lorsqu'un bien-fonds est concédé par la Couronne dans les territoires, les lettres patentes ou la notification de concession, après qu'elles ont été délivrées, sont transmises au registrateur de la circonscription d'enregistrement où le bien-fonds ainsi concédé est situé, et le registrateur garde ces lettres patentes ou cette notification à son bureau.

49. Un certificat de titre, que prévoit la présente loi et qui possède les modalités requises, est accordé à un détenteur de lettres patentes ou à une personne nommée dans une notification, et un double de ce certificat de titre est délivré au concessionnaire de lettres patentes ou à la personne ainsi nommée, exempt de tout honoraire et droit, si, à l'époque de la délivrance de ce certificat, aucune charge ni aucun acte visant le bien-fonds n'est enregistré au bureau des titres de biens-fonds.

53. Le possesseur d'un intérêt à vie ou pour une période de plus de trois ans dans un bien-fonds, pour lequel la concession de la Couronne a été enregistrée, peut demander l'enregistrement de son titre et la délivrance à lui-même d'un certificat de titre en vertu de la présente loi.

54. (1) Le propriétaire de tout droit ou intérêt dans un bien-fonds, en loi ou en *equity*, pour lequel des lettres patentes de la Couronne ont été délivrées avant le 1^{er} janvier 1887, ou qui est d'autre façon sorti du domaine de la Couronne avant cette date, peut demander l'enregistrement de son titre en vertu de la présente loi.

(2) Si, lorsqu'il est accordé un certificat de titre, il n'y a pas de charge ni de transports enregistrés touchant le bien-fonds, le certificat peut être accordé au concessionnaire sur paiement des honoraires établis par le gouverneur en conseil; mais il n'est exigé pour ce service aucun honoraire en vertu des dispositions de la présente loi relatives au fonds d'assurance.

56. Si le requérant est le concessionnaire primitif de la Couronne et qu'aucun acte, transport, hypothèque ou autre charge, instrument ou opposition (*caveat*) touchant le titre ne paraisse avoir été enregistré; ou si, n'étant pas le concessionnaire primitif, le requérant produit tous les titres originaux, et si nulle autre personne que le requérant n'est en possession réelle du bien-fonds, et qu'il n'ait pas été enregistré d'opposition, le registra-

the title of the applicant, shall grant a certificate of title as herein provided.

95. (1) There may be filed in the office of the registrar any mortgage or other encumbrance created by any person rightfully in possession of land prior to the issue of the grant from the Crown or prior to the issue of the transfer from the Hudson's Bay Company or from any company entitled to a grant of such lands from the Crown or to which letters patent from the Crown or a notification for such mortgaged lands have already issued, if there is produced to and left with the registrar along with the mortgage an affidavit made by the mortgagor in Form Q, and also, in the case of lands mortgaged prior to the issue of transfer as aforesaid, a certificate from the land commissioner or other proper officer of the company that the purchase price of such mortgaged lands has been paid and that the mortgagor is entitled to a transfer in fee simple therefor from the company.

(2) The registrar shall, on registering the grant of lands so mortgaged, enter in the register and endorse upon the duplicate certificate of title, before issuing it, a memorandum of the mortgage or encumbrance.

(3) When so entered the mortgage or encumbrance is as valid as if made subsequent to the issue of the grant, or to the issue of the transfer as aforesaid.

132. Any person claiming to be interested in any land under any will, settlement or trust deed, or under any instrument of transfer or transmission, or under any unregistered instrument, or under an execution, where the execution creditor seeks to affect land in which the execution debtor is interested beneficially but the title to which is registered in the name of some other person, or otherwise, may lodge a caveat with the registrar to the effect that no registration of any transfer or other instrument affecting the said land shall be made, and that no certificate of title therefor shall be granted, until such caveat has been withdrawn or has lapsed as hereinafter provided, unless such instrument or certificate of title is expressed to be subject to the claim of the caveator as stated in such caveat.

teur, s'il ne conçoit aucun doute sur le titre du requérant, doit lui accorder un certificat de titre ainsi que le prévoient les présentes.

95. (1) Il peut être déposé, au bureau du registraire, des actes d'hypothèque ou autres charges créés par toute personne en possession légitime de bien-fonds antérieurement à l'émission de la concession de la part de la Couronne, ou antérieurement à l'émission du transport de la part de la Compagnie de la Baie d'Hudson ou de la part de toute compagnie en droit de recevoir de la Couronne la concession de ces biens-fonds ou en faveur de laquelle des lettres patentes ont déjà été émises par la Couronne ou une notification a déjà été délivrée, pour ces biens-fonds grevés d'hypothèque, s'il est déposé et remis entre les mains du registraire, en même temps que l'acte d'hypothèque, un affidavit du débiteur hypothécaire rédigé suivant la formule Q, et aussi, s'il s'agit de biens-fonds hypothéqués antérieurement à l'émission du transport comme il est susdit, un certificat du commissaire des terres ou autre fonctionnaire compétent de la compagnie, attestant que le prix d'acquisition de ces biens-fonds hypothéqués a été acquitté et que le débiteur hypothécaire est en droit de recevoir de la compagnie un transport de ces biens-fonds en propriété absolue.

(2) Le registraire doit, en enregistrant la concession de biens-fonds ainsi hypothéqués, inscrire au registre et sur le double du certificat de titre, avant de le livrer, une note de l'hypothèque ou de la charge.

(3) Une fois cette inscription faite, les hypothèques ou les charges sont aussi valides que si la création en était subséquente à l'émission des lettres patentes, ou à l'émission du transport, comme il est susdit.

132. Toute personne qui prétend avoir un intérêt dans un bien-fonds en vertu d'un testament, d'un *settlement*, d'un acte de fiducie, ou d'un instrument de transport ou de transmission, ou en vertu d'un acte non enregistré, ou par suite d'une saisie-exécution, lorsque le créancier saisissant veut atteindre un bien-fonds dans lequel le débiteur saisi a un intérêt bénéficiaire mais dont le titre est enregistré au nom d'une autre personne, ou autrement, peut déposer une opposition entre les mains du registraire, afin qu'il ne soit enregistré aucun transport ni aucun autre instrument touchant ce bien-fonds, et qu'il ne soit délivré aucun certificat de titre pour ce bien-fonds avant que cette opposition ait été retirée ou soit périmée comme il est ci-après prévu, à moins que cet instrument ou ce certificat de titre ne déclare expressément qu'il est subordonné à la réclamation de l'opposant telle qu'elle est énoncée dans l'opposition.

134. (1) Upon the receipt of a caveat, the registrar shall enter the caveat in the day-book, and shall make a memorandum thereof upon the certificate of title of the land affected by such caveat and shall forthwith send a notice of the caveat through the post office or otherwise to the person against whose title the caveat has been lodged.

(2) In the case of a caveat before registration of a title under this Act the registrar shall on receipt thereof enter the caveat in the day-book.

135. So long as any caveat remains in force the registrar shall not enter in the register any memorandum of any transfer or other instrument purporting to transfer, encumber, or otherwise deal with or affect the land in respect to which such caveat is lodged except subject to the claim of the caveator.

136. The owner or other person claiming such land may, by summons, call upon the caveator to attend before a judge to show cause why the caveat should not be withdrawn; and the judge may, upon proof that such last-mentioned person has been summoned, and upon such evidence as the judge requires, make such order in the premises as to the said judge seems fit.

137. (1) Unless proper proceedings in a court of competent jurisdiction have been taken to establish the caveator's title to the estate or interest specified in the caveat, and an injunction or order has been granted restraining the registrar from granting a certificate of title or otherwise dealing with the land, a caveat may be disposed of by the registrar as lapsed after the expiration of three months from the day on which a notice in Form EE was served on the caveator or sent to him by registered mail to the address stated in his caveat.

The appellants found their right to lodge a caveat and to have it entered in the day-book on, in the main, two provisions of the Act, these being ss. 132 and 134(2). They invoke the words "or otherwise" in s. 132 as supporting their claim of an interest in unpatented Crown land through an assertion of aboriginal rights, and they point to the words "before registration" in s. 134(2) as justifying their contention that the Registrar's day-book is open for the notation thereon of caveats in respect of unpatented land. The contentions so made are reinforced by reference to ss. 49 and 56.

134. (1) En recevant une opposition, le registrateur doit consigner le fait dans son journal et en inscrire une note sur le certificat de titre du bien-fonds visé par cette opposition, et il doit expédier immédiatement un avis de l'opposition, par la poste ou autrement, à la personne contre le titre de laquelle elle a été produite.

(2) Dans le cas d'une opposition présentée avant l'enregistrement d'un titre sous le régime de la présente loi, le registrateur doit, en la recevant, en faire l'inscription au journal.

135. Tant qu'une opposition reste en vigueur, le registrateur ne doit inscrire au registre aucune note de transport ni aucun autre instrument tendant à transférer, grever de charge ou autrement toucher ou atteindre le bien-fonds au sujet duquel cette opposition a été produite, si ce n'est sous réserve de la réclamation de l'opposant.

136. Le propriétaire ou une autre personne qui réclame le bien-fonds peut assigner l'opposant à comparaître devant un juge, afin de faire voir pourquoi son opposition ne doit pas être retirée; et sur preuve de l'assignation de l'opposant et après toute autre preuve que le juge a pu exiger, le juge peut rendre l'ordonnance qui lui paraît convenable dans les circonstances.

137. (1) A moins que les procédures requises devant une cour compétente ne soient intentées pour établir le titre de l'opposant au droit ou à l'intérêt spécifié dans l'opposition, et qu'il n'ait été accordé une injonction ou ordonnance pour défendre au registrateur d'accorder un certificat de titre ou de faire toute autre opération relativement au bien-fonds, le registrateur peut traiter l'opposition comme étant périmée après l'expiration des trois mois qui suivent la date où un avis selon la formule EE a été signifié à l'opposant ou lui a été envoyé sous pli recommandé à l'adresse indiquée dans l'opposition.

Les appelants fondent essentiellement leurs droits de déposer l'opposition et de la faire consigner au journal sur deux dispositions de la Loi, à savoir les art. 132 et 134(2). Ils allèguent que l'expression «ou autrement» à l'art. 132 étaye leur prétention à un intérêt, fondé sur des droits aborigènes, dans des biens-fonds de la Couronne non régis par des lettres patentes et invoquent les mots «avant l'enregistrement» à l'art. 134(2) pour justifier leur thèse selon laquelle le registrateur peut inscrire dans le journal des oppositions concernant des biens-fonds non régis par des lettres patentes. Ces affirmations sont renforcées par des renvois aux art. 49 et 56.

I need not doubt, for the purpose of resolving the issue in this case, that a claim of an interest in land by way of aboriginal rights is a claim of an interest arising otherwise than through the instruments or documents listed in s. 132, and hence is covered by s. 132. The normal case of the assertion of an interest through a caveat would be as against an existing registered title, and s. 132 appears to envisage that in ascribing the effect of a caveat to be to prohibit the "registration of any transfer". The language of the section is, however, not so precise as clearly to exclude unpatented land. The precision is found, however, in s. 134(1); only land already the subject of a certificate of title is pointed to, and the reference to the entry in the day-book is simply for the purpose of eliminating any dispute as to priority among competing claims, as is abundantly clear from a reading of ss. 35 and 36.

It is put against the appellants that they can draw no comfort from s. 134(2) and from its reference to the entry of a caveat in the day-book "before registration of a title under this Act" because (so it is argued) this phrase takes its meaning from s. 35, which establishes the day-book for entries in it of instruments respecting lands "for which a certificate of title has been issued or been applied for". Hence, the submission that "before registration" in s. 134(2) refers to cases where there has been a grant and a consequent application for registration of title. If this is so, it does present a dilemma for the appellants in view of their apparent concession that if a grant was made by the Crown of any of the unpatented land sought to be included in their caveat they would lose any claimed interest therein. They would thus find themselves in the position of being unable to file a caveat before any Crown grant was made and would have no basis for one after any such grant was made to third parties without any qualification of the interest granted. They are not, however, precluded from proceeding in another way against the Crown if they wish to establish their claim to an interest in Crown land.

It is also part of the respondent's position that s. 35 establishes the limits of authority to make

Je n'ai pas besoin de me demander, aux fins de l'espèce, si une revendication d'intérêt dans des biens-fonds, fondée sur des droits aborigènes, constitue une revendication d'intérêt résultant d'autre chose que des actes ou documents énumérés à l'art. 132 et relève ainsi de cet article. Normalement, un intérêt revendiqué par une opposition le serait contre un titre enregistré existant et l'art. 132 semble indiquer que l'opposition a l'effet d'empêcher que soit «enregistré aucun transport». Le libellé de l'article n'est toutefois pas suffisamment précis pour carrément exclure les biens-fonds non régis par des lettres patentes. Cette précision n'apparaît qu'à l'art. 134(1) qui vise seulement le bien-fonds régi par un certificat de titre; l'inscription au journal aux termes de cet article ne sert qu'à éviter toute contestation quant au rang des revendications, comme l'indiquent clairement les art. 35 et 36.

On a répliqué aux appelants qu'ils ne pouvaient invoquer l'art. 134(2) qui prévoit l'inscription d'une opposition au journal «avant l'enregistrement d'un titre sous le régime de la présente loi» pour étayer leur thèse, car cette exigence tirerait sa raison d'être de l'art. 35 qui requiert la tenue d'un journal où sont inscrits tous les actes relatifs à des biens-fonds «pour lesquels un certificat de titre a été délivré ou demandé». On prétend donc que l'expression «avant l'enregistrement» à l'art. 134(2) vise les cas des concessions suivies d'une demande de certificat de titre. Si cette thèse est exacte, les appelants se trouvent devant un dilemme car ils auraient admis que si la Couronne accorde une concession de biens-fonds non régis par des lettres patentes et qu'ils veulent inclure dans leur opposition, ils perdent tout intérêt revendiqué à l'égard de ces biens-fonds. Ils se trouveraient donc dans l'impossibilité de déposer une opposition avant que la Couronne accorde une concession et ne seraient pas non plus fondés à en déposer une à la suite d'une telle concession faite au profit de tiers sans réserve. Il leur reste cependant toujours la possibilité d'exercer autrement leurs droits contre la Couronne s'ils veulent établir leur revendication d'intérêt dans un bien-fonds de la Couronne.

L'intimée soutient également que l'art. 35 fixe les limites du pouvoir de faire des inscriptions au

entries in the day-book, and that to read s. 134(2) as the appellants would have it would give the day-book a character not authorized by the legislation under which the day-book is created. A question was raised during argument as to the administrative difficulties that would be created if caveats could be filed for entry in the day-book in respect of unpatented land, but I am satisfied, on the evidence in the record, that this would not be preclusive if statutory authority for such caveats existed. The record shows that it is within ordinary ingenuity to set up an indexing system that would identify the unpatented land to which a caveat was directed.

Having regard to the vast tracts of land in the Northwest Territories which are unpatented Crown lands, there is substance in the contention that if such land was to be brought within the ambit of the *Land Titles Act* for all purposes or even for a specified purpose, it could reasonably have been expected that the statute would say so. Without recanvassing all the history set out in the reasons of Sinclair J.A. I do wish to refer to it in so far as it has a bearing on ss. 48, 49 and 56. These three provisions appear to me to be the main ones, although some support is also drawn from s. 95, upon which the appellants rely to fortify the implication that they would draw from s. 134(2) as to the right to file a caveat against unpatented land.

It appears to me to be relevant to look to the *Land Titles Acts* of Alberta and Saskatchewan to gain some additional perspective on the issue in this case. Those two Provinces, which became such in 1905, were previously parts of the Northwest Territories and as such governed by the Acts of 1886 and 1894. Each enacted its own *Land Titles Act* in 1906 which, as would be expected, bore considerable similarity to the Act of 1894. There were, however, some differences and a chief one in the Alberta *Land Titles Act*, 1906 (Alta.), c. 24, was in its s. 86 which was as follows:

86. Upon the receipt of a caveat the registrar shall enter the same in the day-book and shall make a memorandum thereof upon the certificate of title of the land

journal et que l'interprétation donnée à l'art. 134(2) par les appelants donne au journal un caractère différent de ce qu'autorise la législation. On a indiqué, au cours des plaidoiries, les difficultés administratives qu'engendrerait le dépôt pour inscription au journal d'oppositions portant sur des biens-fonds non régis par des lettres patentes, mais la preuve au dossier me convainc que cela ne constituerait pas un empêchement, dans l'éventualité où la loi autoriserait leur dépôt. Le dossier révèle qu'il est possible d'avoir un répertoire où seraient identifiés tous les biens-fonds n'ayant pas fait l'objet de lettres patentes et à l'égard desquelles une opposition est produite.

Étant donné que dans les territoires du Nord-Ouest de vastes étendues de terres sont des biens-fonds de la Couronne non régis par des lettres patentes, il n'est pas sans fondement de soutenir que si ces terres doivent être assujetties à la *Loi sur les titres de biens-fonds*, à toutes fins ou à une fin spécifique, l'on s'attendrait que la Loi l'indique. Sans pour autant reprendre l'historique qu'a fait le juge d'appel Sinclair, je tiens à m'y référer dans la mesure où il porte sur les art. 48, 49 et 56. Ces trois dispositions me semblent les plus importantes, quoique l'art. 95, invoqué par les appelants pour étayer leur interprétation de l'art. 134(2), à savoir qu'il prévoit implicitement le droit de déposer une opposition à l'égard d'un bien-fonds non régi par des lettres patentes, soit également d'un certain secours.

Il me semble pertinent de consulter les *Land Titles Acts* de l'Alberta et de la Saskatchewan pour bénéficier d'une meilleure vue d'ensemble de la question en litige. Ces deux provinces ont acquis leur statut en 1905; elles faisaient auparavant partie des territoires du Nord-Ouest et étaient donc régies par les lois de 1886 et de 1894. En 1906 elles ont toutes deux édicté leur propre *Land Titles Act* qui, comme l'on peut s'y attendre, ressemble beaucoup à la loi de 1894. On trouve toutefois certaines différences, dont une fondamentale à l'art. 86 de la *Land Titles Act* de l'Alberta, 1906 (Alta.), c. 24, qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] 86. En recevant une opposition, le registrateur doit la consigner dans son journal et en inscrire une note sur le certificat de titre du bien-fonds

affected by such caveat and shall forthwith send a notice of the caveat and of the interest claimed thereunder through the post office or otherwise to the person against whose title the caveat has been lodged; but in the case of a caveat before registration of title under this Act the registrar shall on receipt thereof enter the same in a book to be kept by him in which shall be entered all instruments affecting land as to which no title has yet issued.

The concluding words of this section, not found in the federal Act—the relevant provision is s. 134(2)—bear on the question which is at issue here. There is no similar provision in the original Saskatchewan Act which is *The Land Titles Act*, 1906 (Sask.), c. 24, and s. 138(2) thereof is in the same words as s. 134(2) of the Federal Act. However, the Saskatchewan Act was changed in this respect by 1932 (Sask.), c. 19, s. 14, and it is now provided by s. 155 of *The Land Titles Act*, R.S.S. 1965, c. 115, that “a caveat may be filed against land for which no transfer or grant from the Crown has issued”.

Section 48 as it now stands is substantially in the same form as it was in s. 39(1) of *The Land Titles Act*, 1894 (Can.), c. 28 (which replaced the original Act, *The Territories Real Property Act*, 1886 (Can.), c. 26) save for an amendment by 1967-68 (Can.), c. 32, s. 7 to include within it a person named in a notification (which as made under *The Territorial Lands Act*, R.S.C. 1970, c. T-6, has the effect of a Crown grant). The comparable section in the original Act, *The Territories Real Property Act*, was s. 44 which was as follows:

44. Whenever any land is granted in the Territories by the Crown, the letters patent therefor, when issued, shall be forwarded from the office whence the same are issued to the registrar of the registration district in which the lands so granted are situated, and the registrar shall retain the letters patent in his office and bind the same, and a certificate of title, as provided by section fifty-four of this Act, with any necessary qualification, shall be granted to the patentee.

This provision dealt with prospective Crown grants and was followed by s. 45 of that Act, which dealt

visé par cette opposition et il doit expédier immédiatement un avis de l'opposition et de l'intérêt qui y est réclamé, par la poste ou autrement, à la personne contre le titre de laquelle l'opposition a été produite; cependant dans le cas d'une opposition présentée avant l'enregistrement d'un titre sous le régime de la présente loi, le registrateur doit, en la recevant, en faire l'inscription dans un livre qu'il tient et où sont inscrits tous les actes relatifs à des biens-fonds à l'égard desquels aucun titre n'a encore été délivré.

La dernière partie de cet article, qui n'existe pas dans la loi fédérale—voir l'art. 134(2)—porte sur la question en litige ici. La première *Land Titles Act* de la Saskatchewan, 1906 (Sask.), c. 24, ne contient aucune disposition semblable et l'art. 138(2) de cette loi reprend les termes de l'art. 134(2) de la loi fédérale. Toutefois la législation de la Saskatchewan a été modifiée par 1932 (Sask.), c. 19, art. 14, et prévoit maintenant, à l'art. 155 de la *Land Titles Act*, S.S.R. 1965, c. 115, que [TRADUCTION] «une opposition peut être déposée contre des biens-fonds qui n'ont fait l'objet d'aucun transfert ou concession par la Couronne».

L'article 48 dans sa version actuelle reprend essentiellement les mêmes termes que l'art. 39(1) de l'*Acte des titres de biens-fonds*, 1894 (Can.), c. 28 (qui a remplacé la première loi, l'*Acte de la propriété foncière dans les Territoires*, 1886 (Can.), c. 26) à l'exception d'une modification, 1967-68 (Can.), c. 32, art. 7, visant à inclure le cas d'une personne désignée dans une notification (qui, effectuée en vertu de la *Loi sur les terres territoriales*, S.R.C. 1970, c. T-6, a l'effet d'une concession de la Couronne). L'article correspondant de la première loi, l'*Acte de la propriété foncière dans les Territoires*, est l'art. 44 dont voici le texte:

44. Lorsqu'un bien-fonds sera concédé par la Couronne dans les Territoires, le bureau qui délivrera les lettres patentes de concession devra les transmettre au registrateur du district d'enregistrement où l'immeuble sera situé; et le registrateur gardera ces lettres patentes et les encartera dans son registre; et un certificat de titre, avec toute restriction nécessaire, sera donné à l'ayant droit, ainsi que le prescrit l'article cinquante-quatre du présent acte.

Cette disposition traite des concessions éventuelles de la Couronne et l'article suivant traite des con-

with Crown grants already made, and was in these terms:

45. The owner of any estate, or interest in any land, whether legal or equitable, letters patent for which have already issued from the Crown, may apply to have his title registered under the provisions of this Act.

When *The Territories Real Property Act* was replaced by *The Land Titles Act* of 1894, s. 45 of the former was replaced by s. 40 of the latter which took account, of course, of the in force date of the original Act in referring to Crown grants previously issued. That s. 40 was in these words:

40. The owner of any estate or interest in any land, whether legal or equitable, letters patent for which issued from the Crown before the first day of January, one thousand eight hundred and eighty-seven, or which otherwise had prior to that date passed from the Crown, may apply to have his title registered under the provisions of this Act.

2. If at the time of the grant of the certificate of title, there are no registered encumbrances or conveyances affecting such land, the certificate may be granted to the patentee upon payment of such fees as are fixed in that behalf by tariff made from time to time by the Governor in Council, but no fees shall be payable therefor under the provisions of section one hundred and fifteen of this Act.

Section 40(1) is substantially s. 54 of the present Act which I quote here for convenience of reference which I shall make to s. 56. (I need not quote s. 55 of the present Act which is simply a machinery section respecting the making of an application pursuant to s. 54). Section 54 is as follows:

54. (1) The owner of any estate or interest in any land, whether legal or equitable, letters patent for which issued from the Crown before the 1st day of January 1887, or which otherwise had prior to that date passed from the Crown, may apply to have his title registered under this Act.

(2) If at the time of the grant of the certificate of title, there are no registered encumbrances or conveyances affecting such land, the certificate may be granted to the patentee upon payment of such fees as are fixed by the Governor in Council, but no fees are payable

cessions déjà accordées par la Couronne, dans ces termes:

45. Le propriétaire de tout droit ou intérêt dans un bien-fonds, soit légal ou équitable, pour lequel il a déjà été délivré des lettres patentes de la Couronne, pourra demander l'enregistrement de son titre sous l'empire du présent acte.

Lorsque l'*Acte de la propriété foncière dans les Territoires* a été remplacé par l'*Acte des titres de biens-fonds* de 1894, l'art. 45 de la première loi a été remplacé par l'art. 40 de la seconde, qui tenait compte, bien sûr, de la date d'entrée en vigueur de la première loi pour les concessions de la Couronne déjà accordées. Voici le texte de l'art. 40:

40. Le propriétaire de tout droit ou intérêt à ou dans un bien-fonds, soit légal, soit équitable, pour lequel des lettres patentes de la Couronne ont été délivrées avant le premier janvier mil huit cent quatre-vingt-sept, ou qui est sorti de la possession de la Couronne avant cette date, pourra demander l'enregistrement de son titre en vertu des dispositions du présent acte;

2. Si, lorsqu'il sera accordé un certificat de titre, il n'y a pas de charges ni de transports enregistrés relativement au bien-fonds, le certificat de titre pourra être accordé au concessionnaire sur paiement des honoraires établis par le tarif arrêté par le Gouverneur en conseil; mais il ne sera exigé pour ce service aucun honoraire en vertu de l'article cent quinze du présent acte.

L'article 54 de la loi actuelle reprend pour l'essentiel l'art. 40(1). Je cite donc l'art. 54 afin de faciliter la compréhension du renvoi que je ferai à l'art. 56. (Il n'est pas nécessaire de citer l'art. 55 de la loi actuelle, car il s'agit d'un article de procédure, relatif à la présentation d'une demande en vertu de l'art. 54.) L'article 54 se lit comme suit:

54. (1) Le propriétaire de tout droit ou intérêt dans un bien-fonds, en loi ou en *equity*, pour lequel des lettres patentes de la Couronne ont été délivrées avant le 1^{er} janvier 1887, ou qui est d'autre façon sorti du domaine de la Couronne avant cette date, peut demander l'enregistrement de son titre en vertu de la présente loi.

(2) Si, lorsqu'il est accordé un certificat de titre, il n'y a pas de charge ni de transports enregistrés touchant le bien-fonds, le certificat peut être accordé au concessionnaire sur paiement des honoraires établis par le gouverneur en conseil; mais il n'est exigé pour ce service

therefor under the provisions of this Act relating to the assurance fund.

Section 40(2) of the Act of 1894, above-quoted, is the forerunner of the present s. 49 and I quote it again at this point, also for convenience of reference. It is as follows:

49. A certificate of title, as provided by this Act, with any necessary qualification, shall be granted to a patentee or a person named in a notification, and a duplicate of such certificate of title shall be issued to the patentee or person so named, free of all fees and charges, if at the time of the issue thereof there are no encumbrances or other instruments affecting the land registered in the land titles office.

Coming now to s. 56, its forerunner was s. 47 of *The Territories Real Property Act* of 1886, reading as follows:

47. Upon the filing of such application, if the applicant is the original grantee of the Crown of the land and no deed, mortgage or other encumbrance, or instrument, or caveat affecting the title appears to have been registered; or, if not such original grantee, all the original title deeds are produced and no person other than the applicant is in actual occupation of the land in question, and no caveat has been registered,—and if, in every case where any other person is admitted to be interested in the land, whether as mortgagee or otherwise, such person is a consenting party to such application, the registrar, if he entertains no doubt as to the title of the applicant, shall, on payment of the fees prescribed, register the said land under this Act.

This provision was carried into the Act of 1894 as s. 42(1),(5). It has been carried forward in successive revisions of the statutes of Canada, and as s. 56 (being in substance s. 42(1) of the Act of 1894) it reads as follows (and I reproduce it again also for convenience of reference):

56. Where the applicant is the original grantee of the Crown, and no deed, transfer, mortgage or other encumbrance, or instrument or caveat affecting the title appears to have been recorded; or where he is not the original grantee, and all the original title deeds are produced, and no person other than the applicant is in actual possession of the land, and no caveat has been

aucun honoraire en vertu des dispositions de la présente loi relatives au fonds d'assurance.

L'article 40(2) de la Loi de 1894, précitée, a été remplacé par l'actuel art. 49, que je cite de nouveau, également pour des raisons de commodité:

49. Un certificat de titre, que prévoit la présente loi et qui possède les modalités requises, est accordé à un détenteur de lettres patentes ou à une personne nommée dans une notification, et un double de ce certificat de titre est délivré au concessionnaire de lettres patentes ou à la personne ainsi nommée, exempt de tout honoraire et droit, si, à l'époque de la délivrance de ce certificat, aucune charge ni aucun acte visant le bien-fonds n'est enregistré au bureau des titres de biens-fonds.

Quant à l'art. 56, il a remplacé l'art. 47 de *l'Acte de la propriété foncière dans les Territoires* de 1886, dont voici le texte:

47. Sur la remise de la demande, si le requérant est celui qui a primitivement obtenu de la Couronne la concession du bien-fonds, et qu'aucune aliénation, mortgage ou charge, aucun instrument ou opposition (*caveat*) concernant le titre, ne paraisse avoir été enregistré; ou si, n'étant pas le concessionnaire primitif, le requérant produit tous les titres originaux, et si nulle autre personne que le requérant n'est en possession réelle du bien-fonds, et qu'il n'ait pas été enregistré d'opposition; et si, au cas où il serait admis qu'un autre individu est intéressé dans le bien-fonds, soit comme mortgagé ou autrement, cet individu est partie consentante à la demande,—le régistrateur, s'il ne conçoit aucun doute sur le titre du requérant, devra, après avoir reçu les droits exigibles, enregistrer le dit bien-fonds sous l'autorité du présent acte.

Cette disposition a été incluse dans la Loi de 1894 sous l'art. 42(1) et (5). Elle a été maintenue au cours des révisions successives des statuts du Canada et figure maintenant à l'art. 56 (qui correspond en grande partie à l'art. 42(1) de la Loi de 1894) dont le texte se lit comme suit (je le cite de nouveau, également pour des raisons de commodité):

56. Si le requérant est le concessionnaire primitif de la Couronne et qu'aucun acte, transport, hypothèque ou autre charge, instrument ou opposition (*caveat*) touchant le titre ne paraisse avoir été enregistré; ou si, n'étant pas le concessionnaire primitif, le requérant produit tous les titres originaux, et si nulle autre personne que le requérant n'est en possession réelle du bien-fonds,

registered, the registrar, if he entertains no doubt as to the title of the applicant, shall grant a certificate of title as herein provided.

What then ought to be gathered from the foregoing history? In his book on *The Canadian Torrens System* (1st ed. 1912), Thom is in no doubt, although the only authority he invokes are the various statutory provisions above-mentioned, that "it is . . . sufficient in Saskatchewan and Alberta and the Dominion to file a caveat in the ordinary way in the only registry office existing, even though there be no registrations under the Acts" (at p. 358). In his view (at p. 359):

The Acts themselves . . . recognize the propriety of filing a caveat before the issue of any certificate of title, and as the filing of the caveat is not actually dealing with land, but rather a restriction upon dealing, there seems no objection in principle to such filing, and certainly where there is no other possibility of registration, the protection of the public demands it.

The second edition of this book, edited by DiCasteri, maintains this position: see 2nd ed. 1962, pp. 604-605. Of course, at the time of the first edition of Thom, only the Alberta Act was express on the issue in this case. At the time of the second edition, the Saskatchewan Act had covered it expressly. I do not think that the federal Act can be swept into the same category as those Acts without express provision.

I read the federal Act as drawing a distinction in respect of grants of unpatented Crown land between situations (1) where such grants were made before January 1, 1887, and not yet translated into certificates of title under the Act of 1886 and its successors and (2) where such grants were made subsequent to January 1, 1887, and where, pursuant to s. 48, the patent goes directly to the registrar of titles. Prior to the Act of 1886, there was in force a document registration system under which it was open to register documents for what they were worth. When it was supplanted by a land titles system, it obviously became necessary to consider how interests in land should be brought

et qu'il n'ait pas été enregistré d'opposition, le registra-
teur, s'il ne conçoit aucun doute sur le titre du requé-
rant, doit lui accorder un certificat de titre ainsi que le
prévoient les présentes.

Que doit-on conclure de cet historique? Dans son ouvrage *The Canadian Torrens System* (1^{re} éd. 1912), Thom, se fondant seulement sur les diverses dispositions précitées, ne doute aucunement que [TRADUCTION] « . . . en Saskatchewan, en Alberta et dans le Dominion, il suffit de produire une opposition de la manière ordinaire à l'unique bureau d'enregistrement existant, même s'il n'y a pas eu d'enregistrement en vertu des diverses lois » (à la p. 358). A son avis (à la p. 359):

[TRADUCTION] Les Lois elles-mêmes . . . reconnaissent l'opportunité de déposer une opposition avant que soit délivré un certificat de titre et, puisque la production d'une opposition n'est pas réellement une opération sur des biens-fonds mais plutôt une restriction sur toute opération ultérieure, rien, en principe, ne semble s'opposer à cette production et, de toute évidence, lorsqu'il n'existe aucune autre possibilité d'enregistrement, la protection du public l'exige.

La seconde édition de ce volume, publié par DiCasteri, maintient cette position: voir 2^e éd. 1962, pp. 604 et 605. A l'époque de la première édition de l'ouvrage de Thom, seule la loi de l'Alberta était explicite sur la question en litige dans ce pourvoi. Par contre, à l'époque de la seconde édition, la loi de la Saskatchewan contenait également une disposition explicite sur ce point. Je ne pense pas que la loi fédérale puisse être placée dans la même catégorie que ces deux lois, sans disposition expresse.

A mon avis, la loi fédérale fait la distinction suivante entre deux situations possibles dans le cas de concession par la Couronne de biens-fonds non régis par des lettres patentes: (1) les concessions sont antérieures au 1^{er} janvier 1887 et n'ont été constatées par aucun certificat de titre émis sous le régime de la Loi de 1886 ou des lois postérieures et (2) les concessions sont postérieures au 1^{er} janvier 1887 et, conformément à l'art. 48, les lettres patentes sont directement transmises au registra-
teur de titres. Le système d'enregistrement de documents en vigueur avant la Loi de 1886 permettait d'enregistrer des documents, quels qu'ils soient. Quand il a été remplacé par le système

under the new system. Section 4 of the Act of 1886 provided that "from and after the commencement of this Act, all lands in the Territories shall be subject to the provisions hereof". Although this section is not found in subsequent Acts, it can be regarded as a spent section once it had operative force, as it had before being replaced by the Act of 1894. This does not mean, as indeed it could not, that there would not be land, unpatented or not, which would not be shown on the title register, but only that the Act was the means by which interests could thereafter be protected according to its terms if invoked by any claimant of an interest. Persons could deal with land outside the Act and would take the risk of such dealing.

One important change made by the Act of 1886 and following Acts was to oblige the Crown, when making a grant, to send the letters patent or notification to the land titles registrar who was directed to retain them and to issue a certificate of title to the Crown patentee. This provision is now in s. 48. A duplicate certificate was to be issued without fee to the patentee, as provided by s. 49, if at the time of issue thereof there were no encumbrances or other instruments affecting the land registered in the land titles office; and s. 50, which I have not hitherto quoted, goes on to say that if there are any instruments registered that encumber or affect the title, a duplicate shall be issued only upon payment of certain fees.

In view of this provision, I am unable to appreciate how it can be said that there could be no instruments affecting unpatented land registered (or filed) before the issue of a certificate of title. This does not, however, conclude the question at issue which concerns the filing of a caveat, which is not within the definition of "instrument" under the Act.

d'enregistrement des titres de biens-fonds, il fallait évidemment rendre le nouveau système applicable aux intérêts dans les biens-fonds. L'article 4 de la Loi de 1886 disposait qu'«A partir de l'entrée en vigueur du présent acte, tous biens-fonds dans les Territoires seront régis par ses dispositions». Même si cet article ne se trouve pas dans les lois postérieures, on peut considérer qu'il s'est appliqué une fois pour toutes, dès qu'il est entré en vigueur et il est évidemment entré en vigueur avant d'avoir été remplacé par la Loi de 1894. Cela ne signifie pas, et en fait ne peut signifier, que tous les biens-fonds, régis ou non par des lettres patentes, figureraient au registre des titres, mais cela veut dire que la Loi constituait le moyen de protéger les intérêts, selon ses dispositions, si l'auteur d'une réclamation l'invoquait. L'on pouvait faire certaines opérations sur des biens-fonds, en dehors des dispositions de la Loi, mais avec tous les risques que cela peut comporter.

Une modification importante apportée par la Loi de 1886 et les lois suivantes consistait à obliger la Couronne, lorsqu'elle accordait une concession, à faire parvenir les lettres patentes ou la notification de la concession au registrateur des titres de biens-fonds, qui devait les garder et délivrer un certificat de titre au concessionnaire des lettres patentes de la Couronne. Cette disposition figure maintenant à l'art. 48. Un double du certificat de titre doit être délivré audit concessionnaire, exempt de tout honoraire, comme le prévoit l'art. 49, si, à l'époque de la délivrance de ce certificat aucune charge ni aucun acte visant le bien-fonds n'est enregistré au bureau des titres de biens-fonds et l'art. 50, que je n'ai pas cité, dispose que si des actes enregistrés grèvent ou visent le titre, un double de ce certificat est délivré sur paiement de certains honoraires.

A la lumière de cette disposition, je ne puis comprendre la prétention selon laquelle on ne peut enregistrer (ni inscrire) aucun acte visant un bien-fonds non régi par des lettres patentes avant la délivrance d'un certificat de titre. Cela ne résout toutefois pas la question en litige, qui porte sur la production d'une opposition qui n'entre pas dans la définition du terme «acte» (ou «instrument») dans la Loi.

Section 54 of the present federal Act deals with situations where a patentee received a Crown grant before January 1, 1887, and hence before the requirement that the patent must go directly to the land titles office. Provision is made for the patentee to apply to have his title registered and s. 54(2) envisages that there may be registered encumbrances or conveyances affecting the land prior to the grant of the certificate of title. I think it reasonable to conclude from the words "registered encumbrances or conveyances" that the reference is to documents registered in respect of such land prior to the introduction of the land titles system and operating under the previous system. Section 56, however, goes much farther. In context, it deals with patents granted before January 1, 1887, and envisages an application for registration and the grant of a certificate of title "where no deed, transfer, mortgage or other encumbrance or instrument or caveat affecting the title appears to have been recorded". The following sections envisage other situations where there may be either a grant of a certificate of title by the registrar or the matter goes to a judge for approval of the applicant's title.

I am satisfied, therefore, that so far as ss. 54 and 56 are concerned, relating to Crown grants issued before January 1, 1887, and which envisage an application for registration, they fall within s. 134(2) in the literal sense of a contemplated registration of title under a pre-existing Crown grant.

In the present case, where there has been neither a Crown grant before or after January 1, 1887, it is not enough to support the contention of the appellants that the Act under review appears to envisage that there may be "instruments" recorded against unpatented land, as indicated by s. 50 or that a mortgage or encumbrance may be filed in respect of unpatented Crown land by a person in possession thereof, as indicated by s. 95 which it is unnecessary to reproduce again. Although ss. 48 and 49, which deal with Crown grants made after January 1, 1887, envisage that there may be "encumbrances or other instruments" affecting the

L'article 54 de la loi fédérale actuelle traite des concessions de la Couronne antérieures au 1^{er} janvier 1887, soit avant qu'il soit obligatoire de transmettre directement les lettres patentes au bureau des titres de biens-fonds. Il y est précisé que le concessionnaire de lettres patentes peut demander l'enregistrement de son titre et le paragraphe (2) prévoit la possibilité que des charges et des transports enregistrés touchent le bien-fonds avant la délivrance du certificat de titre. Je pense donc qu'il est raisonnable de conclure de l'expression «charges ... (et) transports enregistrés» qu'il s'agit de documents enregistrés à l'égard d'un tel bien-fonds avant l'introduction du système des titres de biens-fonds et relevant par conséquent de l'ancien système. Par contre, l'art. 56 va beaucoup plus loin. Dans le contexte, il traite de lettres patentes délivrées avant le 1^{er} janvier 1887 et prévoit le cas d'une demande d'enregistrement d'un certificat de titre et de sa délivrance lorsqu'«aucun acte, transport, hypothèque ou autre charge, instrument ou opposition (*caveat*) touchant le titre ne paraisse avoir été enregistré». Les dispositions qui suivent envisagent d'autres situations où le registrateur peut délivrer le certificat de titre ou, autrement, référer l'affaire à un juge pour approbation du titre du requérant.

Je suis donc convaincu que les art. 54 et 56, dans la mesure où ils traitent des concessions de la Couronne antérieures au 1^{er} janvier 1887 et d'une demande d'enregistrement, tombent sous le régime de l'art. 134(2) au sens littéral de l'enregistrement projeté d'un titre relevant d'une concession antérieure de la Couronne.

En l'espèce, puisqu'il n'y a pas eu de concession de la Couronne ni avant ni après le 1^{er} janvier 1887, on ne peut retenir la prétention des appelants selon laquelle la Loi examinée paraît envisager la possibilité que des «actes» enregistrés visent un bien-fonds non régi par des lettres patentes, comme l'indique l'art. 50, ou qu'une hypothèque ou une charge puisse être déposée à l'égard d'un bien-fonds de la Couronne non régi par des lettres patentes, par une personne en possession de ce bien-fonds, comme l'indique l'art. 95, que j'estime inutile de citer de nouveau. Même si les art. 48 et 49, relatifs à des concessions de la Couronne

previously unpatented land, those sections do not speak of a "caveat", as does s. 56 which, as I have already indicated, relates to land for which a Crown grant was made before January 1, 1887. In short, there is no indication in ss. 48 or 49, nor anywhere else in the Act, that a caveat can be filed in respect of unpatented Crown land. In my opinion, a grant thereof made by the Crown cannot be affected by a caveat purportedly filed before the grant is made. Such a caveat should not be accepted for filing by the Registrar of Titles, and, if accepted, would be of no effect.

I have already pointed out that a caveat is not an "instrument" as defined in the Act, nor is it an "encumbrance" within the definition of that term in the Act. Again, only the terms "encumbrances" and "instruments" are mentioned in s. 49, which relates to the making of Crown grants; and, moreover, the term "caveat" is mentioned separately from the terms "encumbrance" and "instrument" in s. 56. In these circumstances, and in the absence of any such provision in the federal Act as there was in the original Alberta Act of 1906 and as there is in the present Alberta Act, R.S.A. 1970, c. 170, s. 141, and as there now is in Saskatchewan, for the filing of a caveat against unpatented Crown land, the contentions of the appellants on the matters in issue are untenable.

In the result, I would dismiss the appeal. This is not a case for costs either here or in the Courts below.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Newson, Hyde, Edmonton.

Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Ottawa.

accordées après le 1^{er} janvier 1887, entrent dans la possibilité qu'«une charge . . . (ou un) acte» vise un bien-fonds non régi antérieurement par des lettres patentes, ces articles ne parlent pas d'«opposition» comme l'art. 56 qui, comme je l'ai déjà souligné, traite d'un bien-fonds qui a fait l'objet d'une concession avant le 1^{er} janvier 1887. Bref, ni le texte des art. 48 et 49, ni le reste de la Loi ne permet de conclure qu'on peut déposer une opposition à l'égard d'un bien-fonds de la Couronne non régi par des lettres patentes. A mon avis, une concession accordée par la Couronne ne peut être touchée par une opposition prétendument déposée antérieurement à l'octroi de la concession. Le registrateur des titres ne doit pas accepter une telle opposition pour enregistrement et, s'il le fait, elle est sans effet.

J'ai déjà souligné qu'une «opposition» n'est pas un «acte ou instrument» ni une «charge» selon les définitions qu'en donne la Loi. Je répète que seuls les termes «charge» et «acte» sont mentionnés à l'art. 49 portant sur l'octroi de concessions par la Couronne; en outre, à l'art. 56, le mot «opposition» est ajouté aux termes «charge» et «acte». Dans ces circonstances et vu l'absence dans la loi fédérale d'une disposition similaire à celles de la première loi de l'Alberta de 1906, de l'actuelle loi de l'Alberta, R.S.A. 1970, c. 170, art. 141 et de la présente loi de la Saskatchewan, concernant le dépôt d'une opposition visant un bien-fonds de la Couronne non régi par des lettres patentes, les prétentions des appelants relatives aux questions en litige sont insoutenables.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi. Il n'y a pas lieu en l'espèce d'adjuger de dépens, ni dans cette Cour ni dans les tribunaux d'instance inférieure.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Newson, Hyde, Edmonton.

Procureur de l'intimée: D. S. Thorson, Ottawa.

David Andrew Johnson *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1977: March 2; 1977: March 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Breaking and entering — Actual and constructive — Meaning and scope of s. 308(b) (ii) of the Criminal Code — Distinctions between ss. 306 and 307.

The accused was convicted of breaking and entering a place and committing theft therein. The place was a dwelling house under construction and the accused entered through a doorway from a carport where no door had been installed and no barrier was in place. This conviction was affirmed on appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

At common law constructive breaking took place when entry was effected through an aperture, such as a chimney, that was permanently open. This notional breaking was introduced into the *Criminal Code* of Canada in 1892, but the notion was substantially altered and extended by 1953-54, c. 51, s. 294(b) (now s. 308(b)) to include any entry without lawful justification through a permanent or temporary opening. The plain words of s. 308 must be given effect according to their ordinary meaning. Parliament has, for the purpose of the *Criminal Code* given the word "break" an artificial construction that would not otherwise prevail and it is within Parliamentary competence to do so. The argument that the distinction between ss. 306 and 307 of the *Code* would be extinguished if entry through an open door constituted breaking does not take into account the differences between those two sections. It is up to the prosecutor to decide in the circumstances of any particular case which charge is appropriate.

R. v. Sutherland. (1967), 58 W.W.R. 441, applied; *R. v. Bargimis*, [1970] 4 C.C.C. 358, referred to; *R. v. Jewell* (1974), 28 C.R.N.S. 331, overruled.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹ affirming a judg-

¹ [1976] W.W.D. 99, 37 C.R.N.S. 370.

David Andrew Johnson *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1977: le 2 mars; 1977: le 22 mars.

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

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

Droit criminel — Introduction par effraction — Réelle ou présumée — Sens et champ d'application de l'art. 308b(ii) du Code criminel — Différences entre les art. 306 et 307.

L'accusé a été déclaré coupable d'introduction par effraction et de vol dans une maison d'habitation en construction. L'accusé y était entré par le cadre d'une porte reliant l'abri d'auto à la maison. La porte n'avait pas été installée et il n'y avait aucune barrière. La déclaration de culpabilité fut confirmée en appel.

Arrêt: L'appel doit être rejeté.

En *common law*, l'effraction présumée s'étend aux cas où l'intrus pénètre dans un local par une ouverture constamment ouverte, comme une cheminée. Cette notion, incorporée dans le *Code criminel* canadien de 1892, fut considérablement modifiée et élargie par 1953-54, c. 51, art. 294b) (l'actuel art. 308b)) qui y inclut l'entrée sans justification légitime par une ouverture permanente ou temporaire. Les mots de l'art. 308 sont clairs et il convient de les appliquer selon leur sens ordinaire. Aux fins du *Code criminel*, le Parlement a donné au mot «effraction» un sens artificiel qui autrement ne prévaudrait pas, et il avait le pouvoir de ce faire. L'argument qu'il n'y aurait plus de distinction entre les art. 306 et 307 du *Code* si l'introduction par une porte ouverte constituait une effraction ne tient pas compte des différences entre ces deux articles. Il revient à la poursuite de décider, selon les circonstances de l'affaire, quelle inculpation s'impose.

Arrêt appliqué: *R. v. Sutherland* (1967), 58 W.W.R. 441; arrêt mentionné: *R. v. Bargimis*, [1970] 4 C.C.C. 358; arrêt rejeté: *R. v. Jewell*. (1974), 28 C.R.N.S. 331.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹ confirmant un

¹ [1976] W.W.D. 99, 37 C.R.N.S. 370.

ment of McDonald C.C.J. Appeal dismissed.

S. Goldberg, for the appellant.

A. Stewart, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The question raised in this appeal is not novel. It was current in the time of Lord Hale, in the eighteenth century. The question is whether an intruder can be convicted of breaking and entering premises without actual breaking. Hale (1 P.C. 551), writing in 1778, delineates two forms of breaking:

(1) In law, and thus every one that enters into another's house against his will, or to commit a felony, tho the doors be open, does in law break the house; (2) There is a breaking in fact, an actual force upon the house, as by opening a door, breaking a window, etc.

Today, (1) would be regarded as a constructive breaking and (2) as an actual breaking. Hale recounts how an earlier jurist had held breaking in law sufficient to constitute burglary if a man entered the house by the doors open in the night and stole goods, but, Hale adds: "yet the law is, that a bare breaking in law, *viz.* an entry by the doors and windows open is not sufficient to make burglary without an actual breaking". There was an exception: if a thief went down a chimney to steal, that was a breaking and entering. The distinction between actual and constructive breaking endures to this day.

At common law an actual breaking occurred whenever any part of the building or of its closed fastenings was displaced as, for example, by drawing a bolt, turning a key or lifting a latch: Kenny's *Outlines of Criminal Law*, 17th ed., para. 311. The opening of a closed but unlocked bedroom window was a breaking while the further opening of a window already partly opened was not. The reason suggested for this precious distinction was that when a householder left a window or a door partly open he offered a visible invitation to enter.

jugement rendu par le juge McDonald de la Cour de comté. Pourvoi rejeté.

S. Goldberg, pour l'appelant.

A. Stewart, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—La question soulevée par le présent pourvoi n'est pas nouvelle. Elle était courante du temps de lord Hale, au dix-huitième siècle. Il s'agit de savoir si un intrus peut être reconnu coupable d'introduction par effraction s'il n'y a pas réellement eu effraction. En 1778, Hale (1 P.C. 551) a décrit deux formes d'effraction:

[TRADUCTION] (1) En droit, quiconque entre dans la maison d'autrui contre le gré de ce dernier ou pour y commettre un délit grave, s'introduit par effraction, bien que les portes soient ouvertes; (2) il y a effraction dans les faits lorsqu'on force réellement la maison, par exemple en ouvrant une porte, en brisant une fenêtre, etc.

Aujourd'hui, (1) serait considéré comme une effraction présumée et (2) comme une effraction réelle. Hale relate qu'un juge avait auparavant décidé que si quelqu'un s'introduisait la nuit dans une maison par les portes ouvertes et volait quelque chose, l'effraction présumée en droit suffisait pour constituer un vol avec effraction, mais il ajoute: [TRADUCTION] «cependant, la simple effraction présumée en droit, à savoir entrer par les portes ou les fenêtres ouvertes, ne peut constituer un vol avec effraction s'il n'y a pas eu effraction réelle». Il y avait une exception: un voleur se glissant par une cheminée pour voler se rendait coupable d'introduction par effraction. La distinction entre l'effraction réelle et l'effraction présumée subsiste toujours.

En *common law*, il y a effraction réelle lorsqu'il y a déplacement ou ouverture d'une partie d'un immeuble ou d'un de ses dispositifs de fermeture, par exemple tirer un verrou, tourner une clé ou soulever un loquet: *Outlines of Criminal Law* de Kenny, 17^e éd., par. 311. L'ouverture d'une fenêtre de chambre fermée mais non verrouillée constitue une effraction tandis qu'il n'en est pas ainsi pour l'ouverture d'une fenêtre déjà partiellement ouverte. La raison de cette distinction subtile serait qu'une fenêtre ou une porte laissée partiellement ouverte constitue une invitation directe à entrer.

Constructive breaking, in the absence of actual breaking, extended at common law to cases in which the intruder entered the premises by some aperture which, by necessity, was left permanently open, such as a chimney. In 1892, that concept found its way into the Canadian *Criminal Code* (c. 29, s. 407(b)(ii)). It was repeated in the *Codes* of 1906 (R.S.C. 1906, c. 146, s. 340) and 1927 (R.S.C. 1927, c. 36, s. 340(2)) in these words:

Every one who obtains entrance into any building by any threat or artifice used for that purpose, or by collusion with any person in the building, or who enters any chimney or other aperture of the building permanently left open for any necessary purpose, shall be deemed to have broken and entered that building.

The wording was substantially altered and extended by 1953-54, c. 51, s. 294(b) and now appears as s. 308(b) reading:

308. For the purpose of sections 306 and 307 . . .

(b) a person shall be deemed to have broken and entered if

(i) he obtained entrance by a threat or artifice or by collusion with a person within, or

(ii) he entered without lawful justification or excuse, the proof of which lies upon him, by a permanent or temporary opening.

Central to this appeal is the scope to be given to s. 308(b)(ii).

The definition of "break" is found in s. 282 of the *Code* reading:

282. In this Part "break" means

(a) to break any part, internal or external, or

(b) to open any thing that is used or intended to be used to close or to cover an internal or external opening;

The facts in the present case are unexceptional. The accused entered a partly constructed unoccupied dwelling-house at 3.30 a.m. through an open doorway leading into the house from a carport. The door had not yet been installed. The owner, as a temporary measure, had nailed a sheet of plywood over the opening, but it would appear

En *common law*, l'effraction présumée, en l'absence d'effraction réelle, s'étend aux cas où l'intrus a pénétré dans un local par une ouverture qui, par nécessité, reste constamment ouverte, comme une cheminée. En 1892, on a incorporé cette notion dans le *Code criminel* canadien (c. 29, sous-al. 407b)(ii)). Elle fut reprise en ces termes dans les *Codes* de 1906 (S.R.C. 1906, c. 146, art. 340) et de 1927 (S.R.C. 1927, c. 36, par. 340(2)):

Quiconque s'introduit dans un bâtiment au moyen de menaces ou d'artifices employés à cet effet, ou au moyen de collusion avec quelqu'un qui se trouve dans le bâtiment, ou entre par une cheminée ou autre ouverture du bâtiment restant constamment ouverte pour une fin nécessaire, est réputé avoir commis une effraction et pénétré dans ce bâtiment.

Le paragraphe 294b) du c. 51 de 1953-54 a considérablement modifié le libellé et élargi la portée de cette disposition que l'on retrouve aujourd'hui au par. 308b) dont voici le texte:

308. Pour l'application des articles 306 et 307 . . .

b) une personne est réputée s'être introduite par effraction

(i) si elle a obtenu entrée au moyen d'une menace ou d'un artifice ou de collusion avec une personne se trouvant à l'intérieur, ou

(ii) si elle s'est introduite sans justification ou excuse légitime, dont la preuve lui incombe, par une ouverture permanente ou temporaire.

La portée du sous-al. 308b)(ii) est au cœur de ce pourvoi.

L'article 282 du *Code* définit «effraction» en ces termes:

282. Dans la présente Partie «effraction» signifie le fait

a) de briser quelque partie intérieure ou extérieure d'une chose, ou

b) d'ouvrir toute chose employée ou destinée à être employée pour fermer ou pour couvrir une ouverture intérieure ou extérieure;

Les faits en l'espèce ne sont pas contestés. L'accusé s'est introduit dans une maison d'habitation en cours d'œuvre et inoccupée, à 3h30, par le cadre d'une porte entre l'abri d'auto et la maison. La porte n'avait pas encore été installée. Le propriétaire avait temporairement cloué une feuille de contre-plaqué sur l'ouverture, mais il appert que

that some one had removed it as it was lying on the ground at the time of entry by the accused and a companion. The accused was convicted on a charge that he did unlawfully break and enter a place, to wit, a dwelling-house under construction, and did commit the indictable offence of theft therein. It was common ground that the building was, by definition, a "place" but that it was not a dwelling-house. There was no suggestion that the accused had any lawful justification or excuse for entering the building. In dismissing an appeal by the accused the British Columbia Court of Appeal, speaking through Mr. Justice McFarlane, held that the language of s. 308(b)(ii) was clear and unambiguous, and sufficient to support the conviction. The reasoning of the same Court in the earlier case of *R. v. Sutherland*², was applied rather than that of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Jewell*³.

In *Sutherland's* case the accused was charged with unlawfully breaking and entering a garage and committing an indictable offence therein. The garage was enclosed on three sides and open at one end for the entrance of a car. It was through this entrance that the accused entered to steal gasoline. Mr. Justice McFarlane delivered the judgment of the Court. *R. v. Sutherland* was decided on the narrow ground that the open end of a garage would be described as an entrance and not an opening.

In the reasons for judgment delivered in the case at bar, Mr. Justice McFarlane had this to say respecting *Sutherland's* case:

In my opinion the basis of the decision in *Regina v. Sutherland* was the interpretation of the words "permanent or temporary opening" in section 308(b)(ii). I think it is clearly implicit in the judgment that if the entrance to the garage had been held to be a permanent or temporary opening within the meaning of the statute *Sutherland's* conviction would have been upheld although the breaking was constructive only and not actual. It was decided that subsection 308(b)(ii) did not apply because the entry was not by a permanent or temporary opening.

² (1967), 58 W.W.R. 441, [1967] 2 C.C.C. 84.

³ (1974), 28 C.R.N.S. 331, 22 C.C.C. (2d) 252.

quelqu'un l'avait enlevée puisqu'elle se trouvait par terre au moment où l'accusé et un compagnon se sont introduits dans la maison. L'accusé a été déclaré coupable d'introduction par effraction en un endroit, à savoir une maison d'habitation en construction, et d'y avoir commis un acte criminel, en l'occurrence un vol. Les parties conviennent que le bâtiment était, par définition, un «endroit» mais non une maison d'habitation. Personne n'a fait valoir que l'accusé avait une justification ou une excuse légitime pour s'introduire dans le bâtiment. En rejetant l'appel de l'accusé, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, par la voix du juge McFarlane, a jugé que le sous-al. 308b)(ii) est clair et précis, et permet d'étayer une déclaration de culpabilité. Ladite cour a repris le raisonnement qu'elle avait formulé dans *R. v. Sutherland*², plutôt que celui de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Jewell*³.

Dans *Sutherland*, le prévenu était accusé de s'être illégalement introduit par effraction dans un garage et d'y avoir commis un acte criminel. Le garage ne comptait que trois murs, le quatrième côté étant ouvert pour permettre l'entrée d'une automobile. C'est par là que l'accusé s'est introduit pour voler de l'essence. Le juge McFarlane a prononcé l'arrêt de la Cour dans cette affaire. Il repose sur le motif étroit que le côté ouvert d'un garage est considéré comme une entrée et non comme une ouverture.

Dans les motifs de jugement prononcés dans la présente cause, le juge McFarlane, en parlant de *Sutherland*, a tenu les propos suivants:

[TRADUCTION] A mon avis, la décision dans *R. v. Sutherland* repose sur l'interprétation des mots «ouverture permanente ou temporaire» contenus au sous-al. 308b)(ii). Je pense que le jugement laisse clairement entendre que la condamnation de *Sutherland* aurait été confirmée s'il avait été jugé que l'entrée du garage était une ouverture permanente ou temporaire au sens de la Loi, bien qu'il s'agît seulement d'une effraction présumée et non d'une effraction réelle. Il a été décidé que le sous-al. 308b)(ii) ne s'appliquait pas parce que l'accusé ne s'était pas introduit par une ouverture permanente ou temporaire.

² (1967), 58 W.W.R. 441, [1967] 2 C.C.C. 84.

³ (1974), 28 C.R.N.S. 331, 22 C.C.C. (2d) 252.

In *Regina v. Bargimis*⁴, the accused induced the assistant night manager to leave open the doors of a restaurant. It was understood that the accused would enter the restaurant and through it reach an adjacent drug store for the purpose of stealing a safe. The store manager advised his employer and the police were notified. The accused on a Sunday evening entered and went downstairs and through another door into the restaurant, where he was arrested. Chief Justice Gale, delivering the judgment of the Ontario Court of Appeal, dismissing an appeal had this to say, p. 361:

In our view, the accused entered Zumberger's "without lawful justification or excuse . . . by a permanent or temporary opening." As the subparagraph qualifies the term "opening" by using both "permanent" and "temporary," it matters not, as it seems to us, whether one considers the opening of the door that was ajar in the laneway or the opening of the door into Zumberger's as the opening through which the accused entered without lawful justification or excuse. Mr. Levy relied upon the case of *R. v. Sutherland*, [1967] 2 C.C.C. 84, 50 C.R. 197, 58 W.W.R. 441, a decision of the Court of Appeal of British Columbia. If the facts were the same we would, of course, be very much inclined to follow the *Sutherland* judgment. However, in our view, that case does not in any sense inhibit us in upholding the conviction here. In the *Sutherland* case the accused entered a three-sided garage at the point where there was no wall and the Court of Appeal of British Columbia held that where there was no wall or other structure surrounding an open space, the "opening" was not regarded as coming within the subparagraph. In our view that is quite correct. In other words, there has to be something in which an opening exists and in the *Sutherland* case there was nothing to sustain the opening. Here, of course, both doorways constitute openings, the one at the lane in the outside wall of the building and the one into Zumberger's basement in an inside wall of the building. Accordingly, the provisions of para. (b)(ii) cover the situation precisely. In this connection, reference should also be had to the case of *R. v. Corkum* (1969), 7 C.R.N.S. 61, where McLellan, Co. Ct. J. of the Nova Scotia County Court also distinguished the situation before him from that which prevailed in the *Sutherland* case.

⁴ [1970] 4 C.C.C. 358.

Dans *La Reine v. Bargimis*⁴, l'accusé avait persuadé le sous-gérant de nuit de laisser ouvertes les portes du restaurant. Il était convenu que l'accusé s'introduirait dans le restaurant et de là dans la pharmacie voisine pour y voler le contenu du coffre-fort. Le gérant a informé son employeur et la police fut prévenue. Un dimanche soir, l'accusé s'est introduit dans le bâtiment, a descendu l'escalier et est entré dans le restaurant par une autre porte; c'est alors qu'il a été arrêté. Prononçant le rejet de l'appel au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge en chef Gale s'est exprimé en ces termes (à la p. 361):

[TRADUCTION] A notre avis, l'accusé s'est introduit dans le restaurant Zumberger «sans justification ou excuse légitime . . . par une ouverture permanente ou temporaire». Puisque le sous-alinéa qualifie le mot «ouverture» avec les adjectifs «permanente» et «temporaire», il importe peu, selon nous, de déterminer si l'accusé s'est introduit sans justification ou excuse légitime par l'ouverture de la porte entrebaillée donnant sur la ruelle ou par celle de la porte donnant sur le restaurant Zumberger. M^e Levy s'est appuyé sur *R. v. Sutherland*, [1967] 2 C.C.C. 84, 50 C.R. 197, 58 W.W.R. 441, une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Si les faits étaient les mêmes, nous inclinierions évidemment à la suivre. Toutefois, nous estimons que cet arrêt ne nous empêche aucunement de confirmer, en l'espèce, la déclaration de culpabilité. Dans *Sutherland*, l'accusé s'était introduit dans un garage, ne comptant que trois murs, par le côté qui n'en avait pas et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que lorsqu'il n'y a pas de mur ou d'autre construction entourant un espace ouvert, il ne s'agit pas d'une «ouverture» au sens du sous-alinéa. Selon nous, cela est tout à fait juste. En d'autres termes, il faut que l'ouverture soit pratiquée dans quelque chose; dans *Sutherland*, il n'y avait aucune construction où pratiquer l'ouverture. En l'espèce, les deux portes, celle de la ruelle pratiquée dans le mur extérieur du bâtiment et celle du sous-sol du restaurant Zumberger pratiquée dans un mur intérieur du bâtiment, constituent évidemment des ouvertures. Les dispositions du sous-al. b)(ii) s'appliquent donc parfaitement à la situation. A cet égard, on doit également mentionner *R. v. Corkum* (1969), 7 C.R.N.S. 61, où le juge McLellan de la Cour de comté de la Nouvelle-Écosse fait aussi une distinction entre la situation qu'il avait à examiner et celle dans *Sutherland*.

⁴ [1970] 4 C.C.C. 358.

In *Regina v. Bargimis* doorways were held to constitute openings. The Court relied upon subpara. (b)(ii) of s. 308 because of the argument advanced by counsel for the accused that subpara. (b)(i) did not apply. The argument was based on the submission that there was no collusion because the employee was merely pretending to agree to a collusive agreement and was not in fact doing so.

I come now to *R. v. Jewell, supra*. The accused in that case entered an unoccupied dilapidated dwelling-house through a screen door and an inner door, both of which were open wide enough to permit the accused to enter without further opening the doors. The Court held that entry through the open door in the circumstances of the case did not constitute a breaking of the premises. The judgment notes that at common law and under s. 340 (2) (the section referring to chimneys or other apertures permanently left open) entry through a temporary opening such as a hole in the roof or a wall in the building did not constitute a breaking of the building; nor did further opening a door or window which was already open. With respect, I agree. It is then stated that s. 294 (now s. 308) of the *Code* had effected a change in the Canadian law, and the following note to s. 294 from *Martin's Criminal Code* (1955), p. 517, was quoted and relied upon:

This comes from the former s. 340, altered by addition of the words "or temporary" in clause (b). The purpose of the addition is to meet decisions that the raising a window that was partly open did not constitute a breaking: *R. v. Burns* (1903), 7 C.C.C. 95; *R. v. Miller* (1948), 91 C.C.C. 270; *R. v. Dolbec* (1950), 98 C.C.C. 52.

The change may well have been prompted by decisions which had held that raising a partly opened window did not constitute a breaking, as the learned author of *Martin's Criminal Code* suggests, but it is clear that the language which Parliament used in changing the law embraced far more than partly opened windows. It broadened the reference to permanent apertures by removing the requirement that they be "left open for any necessary purpose." It extended constructive breaking to include entry by any temporary open-

Dans *La Reine c. Bargimis*, on a jugé que les cadres de porte constituent des ouvertures. La Cour s'est appuyée sur le sous-al. b)(ii) de l'art. 308 car l'avocat de l'accusé a plaidé que le sous-al. b)(i) ne s'appliquait pas parce qu'il n'y avait pas eu collusion étant donné que l'employé avait uniquement feint de conclure un arrangement collusoire.

Je passe maintenant à *R. v. Jewell*, précité. L'accusé s'était introduit dans une maison d'habitation inoccupée et délabrée par une contre-porte grillagée et une porte intérieure, toutes deux suffisamment ouvertes pour permettre à l'accusé d'entrer sans les ouvrir davantage. Le tribunal a jugé que dans les circonstances, entrer par une porte ouverte ne constituait pas une introduction par effraction. Le jugement constate qu'en *common law* et en vertu du par. 340(2) (ayant trait aux cheminées ou autres ouvertures restant constamment ouvertes), le fait d'entrer par une ouverture temporaire comme un trou dans le toit ou dans un mur du bâtiment ne constitue pas une introduction par effraction; pas plus que le fait d'ouvrir davantage une porte ou une fenêtre déjà ouverte. Avec égards, je partage cette opinion. Le jugement précise ensuite que l'art. 294 (maintenant l'art. 308) du *Code* avait modifié le droit canadien, et cite à l'appui l'annotation du *Martin's Criminal Code* (1955), p. 517, relative à l'art. 294:

[TRADUCTION] Cela découle de l'ancien art. 340, modifié par l'addition au par. b) des mots «ou temporaire». Cette addition a pour but de rendre cet article conforme aux décisions voulant que soulever une fenêtre déjà partiellement ouverte ne constitue pas une effraction: *R. v. Burns* (1903), 7 C.C.C. 95; *R. v. Miller* (1948), 91 C.C.C. 270; *R. v. Dolbec* (1950), 98 C.C.C. 52.

Il est fort probable que cette modification découle des décisions voulant que soulever une fenêtre partiellement ouverte ne constitue pas une effraction, comme le suggère le savant auteur du *Martin's Criminal Code*, mais il est clair que les termes utilisés par le Parlement pour modifier le droit visent plus que les fenêtres partiellement ouvertes. Il a élargi le concept d'ouverture permanente en n'exigeant plus que celle-ci reste «ouverte pour une fin nécessaire». Il a aussi élargi la notion d'effraction présumée pour qu'elle couvre l'intro-

ing. In addition, the burden of proof that he had lawful justification or excuse for entry was placed upon the person who enters.

If I understand the judgment in *R. v. Jewell* correctly, it would have the effect of limiting s. 308(b)(ii) to those situations in which a would-be intruder found a door or window partly ajar and opened it further in order to gain entry. A partly opened door would be an opening but a fully open door would not be so regarded. There is nothing in the language of the section to connote such a result. A distinction of the kind suggested would differentiate between doors open wide enough to permit an intruder to slip around them and those so narrowly ajar as to require a push in order to enter; it would also distinguish, as one of my colleagues was moved to observe during argument, between fat burglars and thin ones. Such an interpretation of the section would also do away with constructive entry through chimneys, perhaps not a daily occurrence but conceptually imbedded in common law and statute for centuries.

Parliament has extended the limits of constructive breaking. Parliament, for the purpose of the *Criminal Code*, has given the word "break" an artificial construction that would not otherwise prevail. The notion that a person has broken and entered if he obtains entrance by threat or artifice or collusion is equally a fiction, long recognized at common law and now codified in s. 308(b)(i). It is within Parliamentary competence to extend constructive entry from "any chimney or other aperture permanently left open for any necessary purpose," as stated in s. 304(2) and in the common law, to "a permanent or temporary opening." These are plain words which must be given effect according to their ordinary meaning. There are many other "deeming" sections in the *Criminal Code*. Some of them were noted in the judgment of Mr. Justice Ritchie in *Brodie v. The Queen*⁵. This Court had occasion to say in *R. v. Maroney*⁶, at p. 310:

⁵ [1962] S.C.R. 681.

⁶ [1975] 2 S.C.R. 306.

duction par une ouverture temporaire. De plus, il a imposé à celui qui s'introduit le fardeau de prouver qu'il avait une justification ou excuse légitime pour ce faire.

Si je comprends bien le jugement rendu dans *R. v. Jewell*, il a pour effet de limiter l'application du sous-al. 308b)(ii) aux seuls cas où un présumé intrus trouve une porte ou une fenêtre entrebaillée et l'ouvre davantage pour pouvoir entrer. Une porte partiellement ouverte serait une ouverture mais il n'en serait pas ainsi pour une porte grande ouverte. Le libellé de ce sous-alinéa n'implique rien de semblable. Une distinction de cet ordre créerait une différence entre les portes suffisamment ouvertes pour permettre à un intrus de se glisser à l'intérieur et les portes entrebaillées qu'il faut pousser pour entrer; de plus, elle différencierait, comme l'a fait observer un de mes collègues pendant les plaidories, les voleurs gras des minces. Pareille interprétation ferait également disparaître l'introduction présumée par les cheminées, peut-être inusitée mais dont le concept est ancré en *common law* et dans le droit statutaire depuis des siècles.

Le Parlement a élargi la notion d'effraction présumée. Aux fins du *Code criminel*, il a donné au mot «effraction» un sens artificiel qui autrement ne prévaudrait pas. La notion d'introduction par effraction si une personne a obtenu entrée au moyen d'une menace, d'un artifice ou de collusion est également une fiction longtemps reconnue en *common law* et maintenant codifiée au sous-al. 308b)(i). Il est du ressort du Parlement d'étendre la notion d'introduction présumée par «une cheminée ou autre ouverture restant constamment ouverte pour une fin nécessaire», prévue au par. 304(2) et en *common law*, à une introduction par «une ouverture permanente ou temporaire». Ces mots sont clairs et il convient de les appliquer selon leur sens ordinaire. Le *Code criminel* compte plusieurs autres articles aux termes desquels une personne «est réputée» avoir fait quelque chose. Le juge Ritchie en a relevé quelques-uns dans *Brodie c. La Reine*⁵. Dans *R. c. Maroney*⁶, à la p. 310, cette Cour a déclaré:

⁵ [1962] R.C.S. 681.

⁶ [1975] 2 R.C.S. 306.

We are not concerned with larceny here but with theft by conversion as defined by the *Criminal Code* of Canada. Smith and Hogan, *Criminal Law*, 3rd ed., p. 396, point out that the 1916 *Larceny Act* was often construed on the tacit assumption that there was no intention to alter the previous law and the earlier case law had lost little or no authority. We are concerned here with a Code. We start with the Code and not with the previous state of the law for the purpose of enquiring whether the Code has made any change. On the plain meaning of our Code the facts of this case show the commission of an indictable offence—theft.

The argument was advanced that the distinction between ss. 306 and 307 of the *Code* would be extinguished if entry through an open door constituted breaking. There can be no doubt that the effect of the amendment was to narrow the gap between the two sections. They overlap but some differences remain. Section 307 is concerned only with dwelling-houses, s. 306 with “places” which, in addition to dwellings, includes other buildings or structures, railway vehicles, vessels, aircraft and trailers. Section 307 speaks also of a person who is “in” a dwelling-house with intent. Section 306 does not, though it provides for the situation in which a person “breaks out” of a place after committing an indictable offence therein. Thus, certain factual situations will call for a charge under s. 306, others under s. 307. In some cases of dwelling-house entry the prosecutor may have the alternative of charging under one section or the other, but this is not uncommon. A stabbing, for example, may give rise to a nice question of whether to charge attempted murder, or causing bodily harm with intent to maim, or some lesser charge. It remains for the prosecutor in the circumstances of the particular case to decide which charge is appropriate.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: S. Goldberg, Vancouver.

Solicitor for the respondent: A. M. Stewart, Vancouver.

Il ne s'agit pas de *larceny* ici mais de vol par détournement, tel que défini par le *Code criminel* du Canada. Smith et Hogan, *Criminal Law*, 3^e éd., p. 396, signalent que le *Larceny Act* de 1916 a souvent été interprété suivant le postulat tacite qu'il n'y avait pas eu intention de modifier le droit antérieur et que la jurisprudence antérieure n'avait rien perdu de son autorité ou si peu. En l'espèce présente il s'agit d'un Code. Nous partons du Code et non de l'état antérieur du droit aux fins de rechercher si le Code a apporté un changement. D'après le sens clair de notre Code les faits de l'espèce présente montrent qu'il y a eu perpétration d'une infraction punissable sur acte d'accusation—le vol.

Il a été allégué qu'il n'y aurait plus de distinction entre les art. 306 et 307 du *Code* si l'introduction par une porte ouverte constitue une effraction. Il n'y a aucun doute que la modification visait à réduire l'écart entre les deux articles. Ils se recourent mais des différences subsistent. L'article 307 a seulement trait aux maisons d'habitation, tandis que l'art. 306 a trait aux «endroits» qui comprennent, outre les maisons d'habitation, les autres bâtiments ou constructions, les véhicules de chemin de fer, les navires, les aéronefs et les remorques. L'article 307 parle également d'une personne qui se trouve «en» une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre un acte criminel. Il n'en est pas ainsi pour l'art. 306, bien qu'il prévoie le cas d'une personne qui «sort d'un endroit par effraction» après y avoir commis un acte criminel. Ainsi, certaines situations de faits exigent une inculpation en vertu de l'art. 306, d'autres en vertu de l'art. 307. Dans certains cas d'introduction dans une maison d'habitation, la poursuite peut avoir le choix d'inculper le prévenu en vertu de l'un ou l'autre de ces articles, mais cela n'est pas inusité. Le fait de poignarder quelqu'un, par exemple, peut soulever la difficile question de savoir si le prévenu doit être inculpé de tentative de meurtre, d'avoir causé des lésions corporelles avec l'intention de mutiler ou d'un chef d'accusation moindre. Il revient à la poursuite de décider, selon les circonstances de l'affaire, quelle inculpation s'impose.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: S. Goldberg, Vancouver.

Procureur de l'intimée: A. M. Stewart, Vancouver.

McNamara Construction (Western) Limited and Fidelity Insurance Company of Canada (*Defendants*) *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen (*Plaintiff*) *Respondent*;

and

J. Stevenson & Associates and Stevenson, Raines, Barrett, Hutton, Seaton & Partners (*Defendants*) *Respondents*;

and

Lockerbie & Hole Western Limited (*Third Party*) *Respondent*;

and

J. Stevenson & Associates and Stevenson, Raines, Barrett, Hutton, Seaton & Partners (*Defendants*) *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen (*Plaintiff*) *Respondent*.

1976: November 16; 1977: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Courts — Federal Court jurisdiction — Proceedings to be based on existing and applicable federal law — Jurisdiction in contracts of the Crown in right of Canada — Federal Court Act, R.S.C. 1970, 2nd Supp., c. 10, s. 17 — B.N.A. Act, 1867, s. 101 — Public Works Act, R.S.C. 1970, c. P-38, s. 16(1).

The Crown in right of Canada entered into a construction contract with appellant McNamara, an Alberta company. Appellant Fidelity Insurance Company provided the surety bond. This contract was preceded by a consulting contract between the Crown and appellant J. Stevenson & Associates, an Alberta firm of architects and engineers which prepared the plans, specification and tender documents on which the construction contract was based. The Crown, alleging a breach of the

McNamara Construction (Western) Limited et Fidelity Insurance Company of Canada (*Défenderesses*) *Appelantes*;

et

Sa Majesté La Reine (*Demanderesse*) *Intimée*.

et

J. Stevenson & Associés et Stevenson, Raines, Barrett, Hutton, Seaton & Associés (*Défendeurs*) *Appellants*;

et

Lockerbie & Hole Western Limited (*Tierce partie*) *Intimée*;

et

J. Stevenson & Associés et Stevenson, Raines, Barrett, Hutton, Seaton & Associés (*Défendeurs*) *Appellants*;

et

Sa Majesté La Reine (*Demanderesse*) *Intimée*.

1976: le 16 novembre; 1977: le 25 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Compétence de la Cour fédérale — Procédures devant être fondées sur une législation fédérale existante et applicable — Compétence pour connaître d'une réclamation de la Couronne du chef du Canada fondée sur un contrat — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, 2^e Supp., c. 10, art. 17 — Acte de l'A.N.B., 1867, art. 101 — Loi sur les travaux publics, S.R.C. 1970, c. P-38, par. 16(1).

La Couronne du chef du Canada a conclu un contrat de construction avec l'appelante McNamara, une compagnie de l'Alberta. La Fidelity Insurance Company, appelante, a fourni le cautionnement. Un contrat avait été préalablement conclu entre la Couronne et J. Stevenson & Associés, un bureau d'architectes et d'ingénieurs-conseils de l'Alberta, qui était chargé, aux termes de ce contrat, d'établir les plans et devis et les documents de soumission devant servir à rédiger le contrat de cons-

respective contracts brought action against McNamara and Stevenson and against Fidelity, under its surety contract, in the Federal Court. McNamara and Fidelity gave notice of a claim-over against their co-defendant Stevenson for negligence in the preparation of the plans, served a third party notice on a sub-contractor and made a separate motion to have the statement of claim struck out for want of jurisdiction. The applications were dismissed by the trial judge who in other proceedings set aside the notice of claim over and the third party notice on the ground that the Federal Court had no jurisdiction to entertain the claims embodied in them. The Federal Court of Appeal agreed. In the Supreme Court appellants gave notice of a constitutional question and the main issue was whether the Federal Court has 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.

Held: The appeal should be allowed.

It is a prerequisite under s. 101 of the *B.N.A. Act* to the exercise of jurisdiction by the Federal Court that there be existing and applicable federal law which can be invoked to support the proceedings before it. 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 divided between central and provincial levels of legislature and government and where there is a constitutional limitation on the power of Parliament to establish Courts. As there was neither a statutory nor a common law basis for the Crown's suit the Federal Court did not have jurisdiction in respect of the contract claims asserted by the Crown. It was not the Crown's liability that was involved but that of the other party to a bilateral contract.

Quebec North Shore Paper Company v. Canadian Pacific Limited, [1977] 2 S.C.R. *infra* followed; *Farwell v. The Queen* (1893), 22 S.C.R. 553 not followed; *R. v. Farwell* (1887), 14 S.C.R. 392; *Consolidated Distilleries Limited v. Consolidated Exporters Corporation Limited*, [1930] S.C.R. 531; *Consolidated Distilleries Limited v. The King*, [1933] A.C. 508 referred to.

APPEALS from judgments of the Federal Court of Canada ¹ sustaining rulings of Collier J.

¹ [1976] 2 F.C. 292.

truction. La Couronne poursuit, devant la Cour fédérale, McNamara et Stevenson pour inexécution de leurs contrats respectifs et a intenté contre Fidelity une action fondée sur le cautionnement. McNamara et Fidelity ont réclamé au co-défendeur Stevenson une contribution ou indemnité, invoquant sa négligence dans la préparation des plans, ont signifié un avis à la mise en cause, un sous-traitant, et ont présenté séparément une requête en radiation de la déclaration pour défaut de compétence. Le juge de première instance a rejeté ces requêtes mais, dans le cadre d'autres procédures, a radié l'avis de contribution ou d'indemnité et l'avis à la mise en cause au motif que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour entendre les réclamations que renfermaient ces avis. La Cour d'appel fédérale a confirmé ces décisions. Devant la Cour suprême, les appelantes ont donné avis d'une question constitutionnelle et la principale question en litige est de savoir si la Cour fédérale a compétence sur un sujet dans une action en dommages-intérêts pour inexécution d'un contrat, intentée par la Couronne du chef du Canada.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Les dispositions de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* supposent, comme condition préalable, l'existence d'une législation fédérale applicable, sur laquelle la Cour fédérale peut fonder sa compétence. 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 législatif et exécutif sont répartis entre les législatures et gouvernements centraux et provinciaux et où le pouvoir du Parlement d'établir des tribunaux est limité par la Constitution. Puisque l'action de la Couronne n'était fondée sur aucune loi ni aucun principe de *common law*, la Cour fédérale n'avait pas compétence pour entendre les réclamations de la Couronne fondée sur un contrat. Ce n'était pas la responsabilité de la Couronne qui était en jeu, mais celle de l'autre partie à un contrat bilatéral.

Arrêt suivi: *Quebec North Shore Paper Company c. Le Canadien Pacifique Limitée*, [1977] 2 R.C.S. *infra*. arrêt non suivi: *Farwell c. La Reine* (1893), 22 R.C.S. 553; arrêts mentionnés: *R. c. Farwell* (1887), 14 R.C.S. 392; *Consolidated Distilleries Limited c. Consolidated Exporters Corporation Limited*, [1930] R.C.S. 531; *Consolidated Distilleries Limited c. Le Roi*, [1933] A.C. 508.

POURVOIS interjetés d'arrêts de la Cour fédérale du Canada ¹ confirmant les décisions du juge

¹ [1976] 2 C.F. 292.

refusing motions to strike out a statement of claim for want of jurisdiction in the Federal Court of Canada in actions on contract taken by the Crown in right of Canada. Appeals allowed.

Appeal No. 1:

J. J. Robinette, Q.C., and *D. A. Brown*, for the appellants.

G. W. Ainslie, Q.C., and *I. G. Whitehall*, for the respondent Attorney General of Canada.

C. D. O'Brien and *W. D. Rice*, for the respondent *J. Stevenson & Associates*.

J. H. Waite, Q.C., for the respondent, *Lockerbie & Hole Western Limited*.

D. W. Mundell, Q.C., and *T. H. Wickett*, for the intervenant Province of Ontario.

M. H. Smith, for the intervenant Province of British Columbia.

W. Henkel, Q.C., for the intervenant Province of Alberta.

Appeal No. 2:

C. D. O'Brien and *W. D. Rice*, for the appellants.

G. W. Ainslie, Q.C., and *I. G. Whitehall*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—These two appeals, which are here by leave of this Court, and which were argued together, raise an important question of Federal Court jurisdiction under s. 17(4)(a) of the *Federal Court Act, 1970-71-72* (Can.), c. 1. The importance of the question is attested by the fact that the appellants gave notice of a constitutional issue which was formulated as follows:

Is s. 17(4) of the Federal Court Act 1970-71-72 (CAN), c. 1 *intra vires* in so far as it purports to vest jurisdiction in the Federal Court of Canada to entertain a claim for relief by the Crown in Right of Canada in proceedings of a civil nature regardless of the nature of such proceedings and, in particular, (1) does s. 17(4) validly confer jurisdiction upon the Federal Court to entertain a claim for damages by the Crown in Right of

Collier de la Cour fédérale, par lesquelles il avait rejeté les requêtes en radiation de la déclaration pour défaut de compétence relativement à des actions fondées sur des contrats intentées par la Couronne du chef du Canada. Pourvois accueillis.

Pourvoi n° 1:

J. J. Robinette, c.r., et *D. A. Brown*, pour les appelantes.

G. W. Ainslie, c.r., et *I. G. Whitehall*, pour l'intimé, le procureur général du Canada.

C. D. O'Brien et *W. D. Rice*, pour l'intimée *J. Stevenson & Associates*.

J. H. Waite, c.r., pour l'intimé, *Lockerbie & Hole Western Limited*.

D. W. Mundell, c.r., et *T. H. Wickett*, pour l'intervenante, la province de l'Ontario.

M. H. Smith, pour l'intervenante, la province de la Colombie-Britannique.

W. Henkel, c.r., pour l'intervenante, la province de l'Alberta.

Pourvoi n° 2:

C. D. O'Brien et *W. D. Rice*, pour les appelantes.

G. W. Ainslie, c.r., et *I. G. Whitehall*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ces deux pourvois, interjetés sur autorisation de cette Cour et plaidés ensemble, soulèvent une question importante quant à la compétence de la Cour fédérale en vertu de l'al. 17(4)a) de la *Loi sur la Cour fédérale, 1970-71-72* (Can.) c. 1. L'avis donné par les appelants de la question constitutionnelle soulevée en l'espèce atteste de l'importance du litige. Voici le texte de cet avis:

[TRADUCTION] Le par. 17(4) de la Loi sur la Cour fédérale, 1970-71-72 (CAN), chap. 1 est-il *intra vires* dans la mesure où il vise à habiliter la Cour fédérale du Canada à connaître d'une demande de redressement présentée par la Couronne du chef du Canada dans des procédures d'ordre civil, sans égard à la nature de ces procédures? Plus précisément, (1) est-ce valablement que le par. 17(4) confère à la Cour fédérale la compétence

Canada against a construction company under a contract to build a young offenders institution and, if so, (2) may this jurisdiction extend to a claim over by one defendant against a co-defendant and also to claims for indemnity against third parties and if so, does it in fact so extend?

The facts giving rise to this issue may be shortly stated. The Crown in right of Canada entered into a contract with the defendant appellant McNamara Construction (Western) Limited, an Alberta company, for the construction of a Young Offenders Institution in Drumheller, Alberta. Fidelity Insurance Company of Canada provided a surety bond to the Crown in respect of McNamara's obligations under the construction contract. This contract was preceded by a consulting contract entered into between the Crown and J. Stevenson & Associates, an Alberta firm of architects and engineers which prepared the plans, specifications and tender documents upon which the construction contract was based. Alleging a breach of their respective contracts by Stevenson and by McNamara, the Crown brought action against them in the Federal Court claiming against each, in the alternative, damages for the breach and claiming against Fidelity under its surety bond.

In the same action, McNamara and Fidelity gave notice, pursuant to *Federal Court Rule* 1730, of a claim over against their co-defendant Stevenson, alleging negligence on Stevenson's part in the preparation of the plans. McNamara and Fidelity also served a third party notice, pursuant to *Federal Court Rule* 1726, on Lockerbie & Hole Western Limited, a subcontractor, claiming relief over by reason of alleged negligence or breach of contract by the third party.

The appellants McNamara and Stevenson made separate motions to the Trial Division of the Federal Court to have the statement of claim struck out because of a want of jurisdiction to entertain the action against them. Collier J. dismissed these applications but, in other proceedings, he set aside the notice served pursuant to *Federal Court Rule* 1730, and also the third party notice served pursu-

pour entendre une demande de dommages-intérêts présentée par la Couronne du chef du Canada contre une compagnie de construction, sur la base d'un contrat visant la construction d'une institution pour jeunes délinquants et, dans ce cas, (2) cette compétence peut-elle s'étendre à une réclamation par un défendeur contre un co-défendeur et à une demande d'indemnité intentée contre des mises en cause et, si c'est le cas, couvre-t-elle effectivement de telles réclamations?

Les faits à l'origine du litige peuvent se résumer comme suit. La Couronne du chef du Canada a conclu un contrat avec la défenderesse appelante McNamara Construction (Western) Limited, une compagnie de l'Alberta, pour la construction d'une institution pour jeunes délinquants à Drumheller (Alberta). La Fidelity Insurance Company of Canada a fourni un cautionnement en faveur de la Couronne pour garantir l'exécution par McNamara du contrat de construction. Un contrat avait été préalablement conclu entre la Couronne et J. Stevenson & Associés, un bureau d'architectes et d'ingénieurs-conseils de l'Alberta, qui était chargé, aux termes de ce contrat, d'établir les plans, devis et soumissions devant servir à établir le contrat de construction. La Couronne a poursuivi devant la Cour fédérale Stevenson et McNamara, respectivement, pour inexécution de leur contrat, réclamant à chacun d'eux des dommages-intérêts. Elle a en outre poursuivi Fidelity en vertu de son cautionnement.

Dans la même action, McNamara et Fidelity ont, par avis conforme à la règle 1730 des *Règles de la Cour fédérale*, réclaté au co-défendeur Stevenson une contribution ou indemnité, invoquant sa négligence dans la préparation des plans. En vertu de la règle 1726, McNamara et Fidelity ont également signifié un avis à la mise en cause, Lockerbie & Hole Western Limited, un sous-traitant, fondant leur réclamation sur la négligence ou la rupture du contrat par la mise en cause.

Les appelants McNamara et Stevenson ont présenté séparément à la Division de première instance de la Cour fédérale des requêtes en radiation de la déclaration, pour défaut de compétence relativement à l'action intentée contre eux. Le juge Collier a rejeté ces requêtes mais, dans d'autres procédures, il a radié l'avis déposé en vertu de la règle 1730 des *Règles de la Cour fédérale* et l'avis

ant to *Federal Court Rule* 1726 on the ground that the Federal Court had no jurisdiction to entertain the claim over by McNamara and Fidelity against their co-defendants Stevenson or the third party claim by McNamara and Fidelity against Lockerbie & Hole Western Limited. These rulings were sustained by the Federal Court of Appeal in reasons delivered by Thurlow J. and in concurring reasons by Ryan J. and by Smith D.J.

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*², (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 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

² [1977] 2 S.C.R. *infra*.

à la mise en cause signifié en conformité de la règle 1726, aux motifs que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour entendre l'action de McNamara et Fidelity contre le co-défendeur Stevenson d'une part, ni la réclamation contre la mise en cause, intentée par McNamara et Fidelity contre Lockerbie & Hole Western Limited. Ces décisions ont été confirmées par la Cour d'appel fédérale. Le juge Thurlow a rédigé les motifs de la Cour et le juge Ryan et le juge suppléant Smith ont exposé des motifs au même effet.

En bref, la principale question en litige dans ces pourvois est de savoir si la 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*², (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 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

² [1977] 2 R.C.S. *infra*.

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 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

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 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

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.

*Farwell v. The Queen*³ appears to take a different view, one that would support the respondent's position on a literal and unqualified application of s. 17(4). That case was the second appeal to this Court, the first being in *The Queen v. Farwell*⁴, in respect of an issue of title to land in the railway belt in British Columbia. The appellant claimed title under a provincial Crown grant and failed in that claim. Nonetheless, he registered his grant and sought to obtain an indefeasible certificate of title so as to defeat grantees from the Crown in right of Canada. Thereupon the Attorney-General of Canada exhibited an information in the Exchequer Court for an order directing the appellant to execute a surrender or conveyance of the land. It was so ordered by the Exchequer Court. Although it was arguable that the Exchequer Court, invested with jurisdiction in the terms of s. 29(d) of the *Exchequer Court Act* quoted above, could properly entertain the Crown's action because it related to federal Crown Land, King J. who spoke in this Court for the majority proceeded on a wider basis. I quote his reasons at pp. 561-2 of 22 S.C.R., as follows:

The remaining objection is that the Parliament of Canada had no power to give to the Exchequer Court original jurisdiction "in all actions and suits of a civil nature at common law or equity in which the crown is

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.

L'arrêt *Farwell c. La Reine*³, semble retenir une opinion différente qui viendrait appuyer la thèse de l'intimée en faveur d'une application littérale et sans restriction du par. 17(4). Cet arrêt correspond au second pourvoi devant cette Cour dans la même affaire (le premier étant *La Reine c. Farwell*⁴) et porte sur une question de titre de propriété dans la ceinture ferroviaire en Colombie-Britannique. L'appelant réclamait un droit de propriété en vertu d'une concession de la Couronne provinciale, mais il a été débouté. Il a néanmoins enregistré sa concession et demandé un certificat de titre irrévocable de façon à faire obstacle aux concessionnaires de la Couronne du chef du Canada. Sur ce, le procureur général du Canada a produit devant la Cour de l'Échiquier un avis d'intrusion visant à obtenir une ordonnance exigeant de l'appelant qu'il cède ou restitue le terrain. La Cour de l'Échiquier a délivré cette ordonnance. Même si l'on peut soutenir que la Cour de l'Échiquier, en vertu de la compétence que lui confère l'art. 29d) précité de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, est habilitée à entendre l'action de la Couronne parce qu'elle concerne des biens-fonds de la Couronne fédérale, le juge King, qui a rédigé le jugement majoritaire de cette Cour, a examiné la question d'un point de vue plus large. Je cite un extrait de ses motifs, 22 R.C.S., aux pp. 561 et 562:

[TRADUCTION] Il reste à trancher l'objection selon laquelle le Parlement du Canada n'avait pas le pouvoir de conférer à la Cour de l'Échiquier une compétence en première instance «dans toutes les actions et poursuites

³ (1893), 22 S.C.R. 553.

⁴ (1887), 14 S.C.R. 392.

³ (1893), 22 R.C.S. 553.

⁴ (1887), 14 R.C.S. 392.

plaintiff or petitioner.” It is contended that the power of Parliament, in the establishment of courts, is limited by the British North America Act to the establishing of a court of appeal or other courts for the better administration of the laws of Canada. But “the King has the undoubted privilege of suing in any court he pleases.” Chitty on Prerogatives (p. 244).

And where the matter in suit in another court concerns the revenue, or touches the profit of the King, he has the right to remove the suit into the Exchequer.

See the illustrations given of this in *Cawthorne v. Campbell* (1 Anstruther, p. 205 in note). This privilege is said to be “without the least mixture of prerogative process; or whether it is a proper subject for prerogative process only to act upon or not, that is not an ingredient” (p. 218).

It follows, in my mind, that the crown, by and with the advice and consent of the Houses of Parliament, must have the right (a right which it would need clear words to take away) to enact that all actions and suits of a civil nature at common law or equity, in which the crown in right of the Dominion is plaintiff or petitioner, may be brought in the Exchequer Court—the right to establish which with its other branches of jurisdiction is undisputed and indisputable.

I must, with respect, disagree with that reasoning, which adapts to federal Canada a unitary conception, and makes the jurisdiction of a federal trial Court over a subject of the Crown depend solely on the Crown asserting a claim as plaintiff. In my opinion, *Farwell v. The Queen* can no longer be regarded as an authority on the interpretation of what was s. 29(d) of the *Exchequer Court Act* and, similarly, no longer governs as to the comparable terms of s. 17(4) of the *Federal Court Act*. I observe, moreover, that it appears to have become a forgotten case, not having been considered either in *Consolidated Distilleries Limited v. Consolidated Exporters Corporation Ltd.*⁵, or in *Consolidated Distilleries Limited v. The King*⁶, cases in which it could reasonably have been expected that the *Farwell* case would be taken into account, certainly in the second of these cases if not in the

⁵ [1930] S.C.R. 531.

⁶ [1932] S.C.R. 419 revd. [1933] A.C. 508.

d'ordre civil, en *common law* ou en *equity*, dans lesquelles la Couronne est demanderesse ou requérante». On soutient que le pouvoir du Parlement d'établir des tribunaux est limité par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique à l'établissement d'une cour d'appel ou d'autres tribunaux, pour la meilleure administration des lois du Canada. Mais «le Roi a le privilège indiscuté de poursuivre devant le tribunal de son choix». Chitty on Prerogatives (p. 244).

Ainsi, lorsque la question litigieuse dans une action concerne le fisc, ou les deniers de l'État, le Roi a le droit de renvoyer les procédures à la Cour de l'Échiquier.

Consulter à ce sujet les exemples donnés dans l'arrêt *Cawthorne c. Campbell* (1 Anstruther, p. 205, note). On dit de ce privilège qu'il «n'implique pas l'exercice d'une prérogative; et que de toute façon, serait-ce le cas, cet élément ne serait pas pertinent» (p. 218).

Il s'ensuit donc à mon sens que la Couronne, sur avis et consentement des deux chambres du Parlement, doit avoir le droit (un droit qui ne pourrait être retiré que par des termes explicites) d'édicter que toutes les actions et poursuites d'ordre civil en *common law* ou en *equity*, dans lesquelles la Couronne du chef du Dominion est demanderesse ou requérante peuvent être instruites devant la Cour de l'Échiquier—et le droit de créer ce tribunal et de l'investir de ses autres domaines de compétence est incontesté et incontestable.

Avec égards, je ne peux souscrire à ce raisonnement qui applique au régime fédéral canadien une conception élaborée dans un régime unitaire et qui fait dépendre la compétence d'un tribunal fédéral de première instance à l'égard d'un sujet de la seule condition que la Couronne fasse valoir une réclamation à titre de demanderesse. A mon avis, on ne peut plus considérer que l'arrêt *Farwell c. La Reine* fait jurisprudence relativement à l'interprétation de l'art. 29d) de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*. Partant, il ne doit plus influencer l'interprétation des termes semblables du par. 17(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je constate en outre que cet arrêt semble être tombé en désuétude, car il n'a été examiné ni dans *Consolidated Distilleries Limited c. Consolidated Exporters Corporation Ltd.*⁵, ni dans *Consolidated Distilleries Limited c. Le Roi*⁶, arrêts dans lesquels on

⁵ [1930] R.C.S. 531.

⁶ [1932] R.C.S. 419 infirmé [1933] A.C. 508.

first. The two cases were considered in the *Quebec North Shore Paper Company* case and, save for an observation about the second case later in these reasons, I need not say anything further about them here.

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 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.

It was the contention of the Attorney-General of Canada on behalf of the Crown that the construction contract, being in relation to a public work or property, involved on that account federal law.

aurait fort bien pu tenir compte de l'affaire *Farwell* tout au moins dans le second. Ces deux arrêts ont été étudiés dans l'affaire *Quebec North Shore Paper Company* et à l'exception d'une remarque que je ferai plus tard sur le second arrêt, je m'en tiendrai à cela.

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 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.

Le procureur général du Canada soutient au nom de la Couronne que, puisque le contrat de construction concerne un ouvrage ou un bien publics, la législation fédérale s'applique. Il n'a

What federal law was not indicated. Certainly there is no statutory basis for the Crown's suit, nor is there any invocation by the Crown of some principle of law peculiar to it by which its claims against the appellants would be assessed or determined. Counsel for the Attorney-General was candid enough to say that his position had to be that jurisdiction existed in the Federal Court in respect of any contract claim asserted by the Crown. I have already indicated that this is untenable and, clearly, s. 17(4) would be *ultra vires* if that was its reach. It can be valid only in so far as its terms are limited in accordance with what s. 101 of the *British North America Act* prescribes.

I take the same view of the Crown's claim on the bond as I do of its claim against McNamara for damages. It was urged that a difference existed because (1) s. 16(1) of the *Public Works Act*, now R.S.C. 1970, c. P-38 obliges the responsible Minister to obtain sufficient security for the due performance of a contract for a public work and (2) *Consolidated Distilleries v. The King*, *supra*, stands as an authority in support of the Crown's right to invoke the jurisdiction of the Federal Court where it sues on a bond. Neither of these contentions improves the Crown's position. Section 16(1) of the *Public Works Act* stipulates an executive or administrative requirement that a bond be taken but prescribes nothing as to the law governing the enforcement of the bond. The *Consolidated Distilleries* case involved an action on a bond given pursuant to the federal *Inland Revenue Act* and, as the Privy Council noted "the subject matter of the actions directly arose from legislation of Parliament in respect of excise": see [1933] A.C. 508 at p. 521.

I conclude, therefore, that the appellants' challenge to the jurisdiction of the Federal Court must succeed and that their appeals must, accordingly, be allowed with costs throughout. The judgments of the Courts below should be set aside and the statements of claim served on the appellants

toutefois pas précisé quelle loi fédérale. L'action de la Couronne n'est manifestement fondée sur aucune loi et cette dernière n'invoque aucun principe de droit qui lui serait particulier en vertu duquel ses réclamations contre les appelants pourraient être entendues ou tranchées. L'avocat représentant le procureur général a été assez franc pour admettre que sa thèse reposait sur la prétention que la Cour fédérale était compétente pour entendre toute réclamation de la Couronne fondée sur un contrat. J'ai déjà indiqué que cette thèse est insoutenable et que le par. 17(4) serait nettement *ultra vires* si c'était sa portée. Il n'est valide que dans la mesure où il reste dans les limites prescrites par l'art. 101 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.

Le raisonnement s'applique à la réclamation de la Couronne fondée sur le cautionnement tout comme à sa demande de dommages-intérêts contre McNamara. On a plaidé qu'il existait une différence parce que (1) le par. 16(1) de la *Loi sur les travaux publics*, maintenant S.R.C. 1970, c. P-38, oblige le ministre responsable à obtenir une garantie suffisante de l'exécution régulière d'un contrat visant des travaux publics et que (2) l'arrêt *Consolidated Distilleries c. Le Roi*, précité, fait jurisprudence sur le droit de la Couronne d'invoquer la compétence de la Cour fédérale lorsqu'elle intente une action fondée sur un cautionnement. Aucun de ces arguments n'améliore la situation de la Couronne. Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur les travaux publics* formule une exigence administrative, la nécessité d'une garantie, mais reste muet sur le droit régissant l'exécution de la garantie. L'arrêt *Consolidated Distilleries* porte sur une action fondée sur un cautionnement fourni en conformité d'une loi fédérale, la *Loi du Revenu de l'intérieur*, et, comme l'a souligné le Conseil privé [TRADUCTION] «l'objet des actions découlait directement d'une loi du Parlement portant sur l'accise» (voir [1933] A.C. 508 à la p. 521).

J'en conclus donc que la contestation de la compétence de la Cour fédérale par les appelants est fondée et, en conséquence, je suis d'avis d'accueillir leurs pourvois avec dépens dans toutes les cours. Les jugements des tribunaux d'instance inférieure doivent être infirmés et les déclarations

should be struck out. 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, in so far as the supporting federal law embraced the issues arising therein. I do not think that this is a case for costs as between the co-defendants nor in respect of the third party proceedings. There will also be no order as to costs to or against any of the intervenors.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitor for the respondent, Her Majesty The Queen: D. S. Thorson, Ottawa.

Solicitors for J. Stevenson & Associates and Stevenson, Raines, Barrett, Hutton, Seaton & Partners: Jones, Black and Company, Calgary.

Solicitors for the respondent, Lockerbie & Hole Western Limited: Harradence & Company, Calgary.

Solicitor for the Attorney General for Alberta, intervenant: William Henkel, Edmonton.

Solicitor for the Attorney General for British Columbia, intervenant: David H. Vickers, Victoria.

signifiées aux appelants radiées. 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 la législation fédérale pertinente s'appliquait aux questions soulevées en l'espèce. Il n'y aura aucune adjudication des dépens au regard des procédures entre co-défendeurs et des procédures de mise en cause et il n'y a aucune adjudication de dépens en faveur ou à l'encontre des intervenants.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureur de l'intimée, Sa Majesté La Reine: D. S. Thorson, Ottawa.

Procureurs de J. Stevenson & Associés et Stevenson, Raines, Barrett, Hutton, Seaton & Associés: Jones, Black and Company, Calgary.

Procureurs de l'intimée, Lockerbie & Hole Western Limited: Harradence & Company, Calgary.

Procureur du procureur général de l'Alberta, intervenant: William Henkel, Edmonton.

Procureur du procureur général de la Colombie-Britannique, intervenant: David H. Vickers, Victoria.

Christopher Macdonald *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1976: March 24; 1976: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL APPEAL COURT

Criminal law — Trial — Proof of criminal intent — Defences — Lack of intent — Psychiatric evidence as to lack of ability to form intent — Conviction without reasons — Failure of trial judge to give reasons — Criminal Code, ss. 295 and 303 — National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 55 and 120 (as amended).

Appellant, the sixteen year old son of a member of the armed forces, held up and attempted to obtain money from a guardhouse on an armed forces base in W. Germany. On being told that the keys to the cash boxes were not available he offered to return the revolver taken from one of the three persons there but eventually left without taking any money. Five minutes later he returned, indicating that he had come to surrender. Later that morning appellant gave a statement indicating that he was in a depressed mood and wanted to die and subsequently gave a handwritten statement to the investigator setting out in detail what had occurred. He had written a suicide note prior to the guardhouse incident and there had been tension between him and his father for some eighteen months previously as a result of his falling academic standing and truancy and his leaving school. He was charged with robbery and joy-ride under the Code of Service Discipline of the *National Defence Act*, s. 120 of which makes the *Criminal Code* applicable in determining whether acts or omissions outside of Canada are offences in terms of the Code of Service Discipline. Psychiatric evidence was given at trial indicating that the appellant had marked "adjustment reaction of adolescence . . . manifested by low self esteem and marked dependency needs" which resulted in pseudo-independent behaviour and rebelliousness, a tendency toward serious suicide and low frustration tolerance with a tendency to act anti-socially. He understood the nature of the proceedings against him but in the opinion of the psychiatrist suffered at the time of the offence from sufficient mental confusion as to impair his ability to form or entertain the specific intent to commit

Christopher Macdonald *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*

1976: le 24 mars; 1976: le 31 mai.

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

EN APPEL DU TRIBUNAL D'APPEL DES COURS MARTIALES

Droit criminel — Procès — Preuve de l'intention criminelle — Défense - Absence d'intention — Témoignage d'un psychiatre relativement à l'incapacité de former une intention — Accusé déclaré coupable sans qu'aucun motif ne soit donné — Le juge de première instance n'a pas fourni de motif — Code criminel, art. 295 et 303 — Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 55 et 120 (et ses modifications).

L'appellant, âgé de seize ans, est le fils d'un membre des forces armées. Il a attaqué à main armée un corps de garde de la base des forces armées en Allemagne de l'ouest et essayé d'obtenir de l'argent. Lorsqu'on lui répondit que les clés des caisses n'étaient pas là, il offrit à l'une des trois personnes présentes de lui rendre le revolver qu'il lui avait pris et il partit sans prendre d'argent. Cinq minutes plus tard, il revint en criant qu'il venait se rendre. Plus tard dans la matinée, l'appellant a déclaré qu'il était déprimé et voulait mourir: par la suite, il remit à l'enquêteur une déclaration écrite exposant en détail ce qui s'était passé. Avant l'incident, il avait écrit une note révélant son intention de se suicider et ses relations avec son père étaient tendues depuis environ dix-huit mois par suite de ses échecs scolaires, de ses absences à l'école et de l'abandon de ses études. Il a été accusé de vol qualifié et d'avoir pris une voiture sans le consentement de son propriétaire, en vertu du Code de discipline militaire de la *Loi sur la défense nationale*, dont l'art. 120 rend applicable le *Code criminel* lorsqu'il s'agit de déterminer si des actions ou omissions qui se sont produites en dehors du Canada constituent des infractions aux fins du Code de discipline militaire. Un psychiatre a témoigné au procès que l'appellant faisait preuve d'«une inadaptation marquée propre à l'adolescence . . . révélée par un manque de confiance en soi et de grands besoins de dépendance» dont il se défend par un comportement faussement indépendant et un esprit de révolte, de graves tendances suicidaires et un seuil très bas de tolérance à la frustration, avec tendances à agir de façon antisociale. Il comprenait la nature des procédures intentées contre lui, mais au moment où a

the offence. The trial judge at the Special General Court Martial convicted appellant but gave no reasons for the conviction. The majority in the Court Martial Appeal Court took the view that the issue of intent was so obvious that the trial judge could not have failed to consider it and the appeal was dismissed.

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

Per Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.: The mere failure of a trial judge to give reasons, in the absence of any statutory or common law obligation to give them, does not raise a question of law. There is no such statutory obligation under either the *National Defence Act* or under the *Criminal Code* and there is no common law rule applicable to all criminal trials. It is desirable that a trial judge give reasons but the volume of criminal work makes the indiscriminate requirement of reasons impractical and the discretion of trial judges should not be fettered. However, the failure of a trial judge to give reasons, though not challengeable *per se*, will be challengeable if the record discloses a rational basis for concluding that the judge erred in appreciation of a relevant issue or of evidence that would affect the propriety of his verdict. In the present case there was only one issue, the question of intent, and on the record there could be no doubt of the trial judge's appreciation of the issue of intent and the evidence touching that issue. There was therefore no question of law to justify interference by the Supreme Court.

Per Spence J., *dissenting*: While the mere failure of a trial judge to give reasons in the absence of a statutory or common law obligation to give them does not raise a question of law and while such an obligation would be most fettering, in the present case it was more than regrettable that the presiding judge at the Special General Court Martial did not give reasons. Although there is the presumption, in the absence of anything in the record indicating the contrary, that the trial judge did apply the proper and relevant principles, the record in this case discloses in the statement of the prosecutor that it was for the defence to establish lack of specific intent. This was a clear error which, with the failure to give reasons for judgment, raised considerable doubt as to

été commise l'infraction, il se trouvait, selon le psychiatre, dans un état de confusion mentale suffisant pour diminuer sa capacité de former ou de nourrir l'intention arrêtée de commettre l'infraction. Le juge de première instance, la cour martiale générale spéciale, a déclaré l'appelant coupable sans toutefois motiver sa décision. La majorité du Tribunal d'appel des cours martiales a estimé que la question de l'intention était tellement évidente qu'il était impossible que le juge de première instance ne l'ait pas étudiée et l'appel a été rejeté.

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

Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré: La simple omission par un juge de première instance de donner des motifs, lorsque ni la loi ni la *common law* ne l'y obligent, ne soulève pas une question de droit. Ni la *Loi sur la défense nationale*, ni le *Code criminel* ne l'y obligent et aucune règle de *common law* n'est applicable à tous les procès criminels. Il est préférable qu'un juge de première instance donne des motifs mais vu le nombre d'affaires criminelles, on ne peut exiger que les juges rendent dans tous les cas des motifs et le pouvoir discrétionnaire des juges de première instance ne doit pas être entravé. Cependant, l'omission par un juge de première instance de donner des motifs, qui ne constitue pas en soi une erreur, peut être contestée si, compte tenu du dossier, on peut logiquement conclure que le juge s'est trompé dans l'appréciation d'une question pertinente ou d'un élément de preuve de nature à influencer sur la justesse de son verdict. En l'espèce, il ne ressort du dossier qu'une seule question, celle de l'intention, et, selon le dossier, on ne peut mettre en doute l'appréciation par le juge de la question de l'intention et des dépositions relatives à cette question. Aucune question de droit ne peut donc justifier une intervention de la Cour suprême.

Le juge Spence, dissident: Bien que la simple omission par un juge de première instance de donner des motifs, lorsque ni la loi ni la *common law* ne l'y obligent, ne soulève pas une question de droit et bien qu'une telle obligation légale soit très contraignante, il est fort regrettable qu'en l'espèce le juge composant la cour martiale générale spéciale n'ait pas donné de motifs. Même si l'on présume, en l'absence de toute indication contraire au dossier, que le juge de première instance a appliqué les principes appropriés et pertinents, le dossier montre en l'espèce que, selon une déclaration de la poursuite, la défense devait établir l'absence d'intention arrêtée. C'était une erreur manifeste qui, conjuguée avec l'omission de donner des motifs, peut laisser penser que

whether the judge had not misdirected himself and so rendered inapplicable the said presumption.

[*Ungaro v. The King*, [1950] S.C.R. 430 distinguished; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *R. v. Bush*, [1939] 1 W.W.R. 42; *Horsburgh v. The Queen*, [1967] S.C.R. 746; *Kolnberger v. The Queen*, [1969] S.C.R. 213; *R. v. Ambler*, [1938] 2 W.W.R. 225, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court¹ dismissing an appeal from a conviction for robbery and taking a vehicle without the owner's consent, contrary to ss. 303 and 295 of the *Criminal Code*, under the Code of Service Discipline and ss. 55 and 120 of the *National Defence Act*. Appeal dismissed, Spence J. dissenting.

Donald B. Bayne, for the appellant.

M. A. Bisal, and *P. D. Chénier*, for the respondent.

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

THE CHIEF JUSTICE—This is an appeal from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada affirming, Heald J. dissenting, a judgment of Deniset J. sitting as a Special General Court Martial designated by the Minister of National Defence pursuant to s. 155 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4. The Special General Court Martial convicted the appellant, then 16 years of age, of robbery and of joy-riding, under the Code of Service Discipline of the *National Defence Act*, and especially ss. 55 and 120 of the Act. By s. 55, the appellant, as a dependant outside of Canada of a member of the armed forces serving beyond Canada, was subject to the Code of Service Discipline; and s. 120 makes the *Criminal Code* applicable in determining whether acts or omissions outside of Canada are offences for the purposes of the Code of Service Discipline. It is accepted that the two offences of which the

le juge a fait fausse route et qui rend donc inapplicable cette présomption.

[Distinction faite avec l'arrêt *Ungaro c. Le Roi*, [1950] R.C.S. 430; arrêts mentionnés *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871; *R. c. Bush*, [1939] 1 W.W.R. 42; *Horsburgh c. La Reine*, [1967] R.C.S. 746; *Kolnberger c. La Reine*, [1969] R.C.S. 213; *R. c. Ambler*, [1938] 2 W.W.R. 225.]

POURVOI interjeté d'une décision du Tribunal d'appel des cours martiales¹ rejetant un appel interjeté d'une déclaration de culpabilité de vol qualifié et de prise d'une voiture sans le consentement de son propriétaire, contrairement aux art. 303 et 295 du *Code criminel*, en vertu du Code de discipline militaire et des art. 55 et 120 de la *Loi sur la défense nationale*. Pourvoi rejeté, le juge Spence étant dissident.

Donald B. Bayne, pour l'appellant.

M. A. Bisal, et *P. D. Chénier*, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi vise une décision du Tribunal d'appel des cours martiales qui a confirmé (le juge Heald étant dissident) un jugement du juge Deniset, siégeant en qualité de cour martiale générale spéciale désignée par le ministre de la Défense nationale en vertu de l'art. 155 de la *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, c. N-4. La cour martiale générale spéciale a déclaré coupable l'appellant, alors âgé de 16 ans, de vol qualifié et d'avoir pris une voiture sans le consentement de son propriétaire, en vertu du Code de discipline militaire de la *Loi sur la défense nationale* et particulièrement des art. 55 et 120 de la Loi. Aux termes de l'art. 55, l'appellant en tant que personne à charge d'un membre des forces armées en service en dehors du Canada, était assujéti au Code de discipline militaire; aux termes de l'art. 120, le *Code criminel* s'applique lorsqu'il s'agit de déterminer si des actions ou omissions qui se sont produites en dehors du Canada constituent des infractions aux fins du Code de discipline militaire. Il est admis que les deux infractions dont l'appe-

¹ (1974), 22 C.C.C. (2d) 129.

¹ (1974), 22 C.C.C. (2d) 129.

appellant was convicted properly come within s. 120.

Although, formally, the appeal to the Court Martial Appeal Court of Canada and to this Court was in respect of both convictions, only the propriety of the conviction of robbery was argued both there and here. In the Court Martial Appeal Court, it was open to the appellant to impugn the conviction of robbery on any ground of law alone or on any ground of mixed law and fact, as provided by ss. 195 and 197 of the *National Defence Act*. The provision in the Act, s. 208(1), for a further appeal to the Supreme Court of Canada gives an appeal as of right only on a question of law on which a Judge of the Court Martial Appeal Court dissents, and permits an appeal by leave on any other question of law. In the present case only an appeal as of right is asserted, based on the dissent of Heald J. The ground of that dissent is not stated in the formal judgment of the Court Martial Appeal Court, and we are left to discern it from the reasons of the dissenting Judge. There does not appear to be a requirement, either expressly or referentially, in the *National Defence Act* such as is found in s. 606 of the *Criminal Code* which directs that where a Judge of a Court of Appeal dissents the formal judgment shall specify any grounds in law upon which the dissent, in whole or in part, is based.

The charge of robbery laid against the accused was under the specification of an assault with intent to steal, as defined in s. 302 (c) of the *Criminal Code*. The incident occurred in Lahr, West Germany, on February 9, 1974 shortly after midnight and after the accused and two friends (one his girl friend) had spent part of the early evening of February 8 at a tavern and two discothèques where they had some beer. When they were at the second discothèque the accused asked his male friend to dance with the girl, and when they returned from the dance floor he was gone. Shortly after midnight he entered a guardhouse on the Canadian Forces Base at Lahr and asked to use the washroom. Within 30 seconds he emerged from the washroom with a cocked revolver in his right hand and asked the three other persons who

l'ont été reconnu coupable relèvent bien de l'art. 120.

Bien que l'appel devant le Tribunal d'appel des cours martiales du Canada et le présent pourvoi visent en théorie les deux déclarations de culpabilité, on n'a débattu devant les deux tribunaux que de la justesse de la condamnation pour vol qualifié. Devant le Tribunal d'appel des cours martiales, l'appellant était fondé à attaquer la condamnation pour vol qualifié sur toute question de droit strict ou sur toute question mixte de droit et de fait, comme le prévoient les art. 195 et 197 de la *Loi sur la défense nationale*. L'article 208(1) de la Loi ne prévoit un pourvoi de plein droit devant la Cour suprême du Canada que sur une question de droit au sujet de laquelle un juge du Tribunal d'appel des cours martiales est dissident et un pourvoi, sur autorisation de la cour, sur toute autre question de droit. En l'espèce, il s'agit en fait d'un pourvoi de plein droit, fondé sur la dissidence du juge Heald. Comme le jugement formel du Tribunal d'appel des cours martiales ne fait pas état du fondement de cette dissidence, nous devons le rechercher dans les motifs du juge dissident. La *Loi sur la défense nationale* ne semble pas contenir de disposition expresse ou par renvoi équivalant à l'art. 606 du *Code criminel* qui exige qu'en cas de dissidence d'un juge d'une cour d'appel, le jugement formel spécifie tout motif de droit sur lequel repose cette dissidence, en totalité ou en partie.

L'accusation de vol qualifié précisait qu'il y avait eu voies de fait avec intention de voler, ainsi qu'il est défini à l'art. 302c) du *Code criminel*. L'incident s'est produit à Lahr (Allemagne fédérale) le 9 février 1974 peu après minuit. L'accusé et deux camarades (dont son amie) avaient passé une partie de la soirée du 8 février dans une taverne et deux discothèques, où ils avaient consommé de la bière. Alors qu'ils se trouvaient dans la seconde discothèque, l'accusé demanda à son camarade de danser avec la jeune fille et partit avant que ces derniers reviennent de la piste de danse. Peu après minuit, il entra dans un poste de garde de la base des forces armées canadiennes à Lahr et demanda à aller aux toilettes. Il en ressortit en moins de 30 secondes, revolver armé à la main droite et ordonna aux trois autres personnes

were there to raise their hands and empty their holsters. Only one of them, one Gebhart, had a gun, a service revolver. The accused asked for money but was told the keys to the cash boxes were not available, and thereupon the accused offered Gebhart's revolver back to him but Gebhart did not take it. After directing the three men to the floor, the accused fired three shots, not at them but at the radio and telephone in the room and left without taking any money. The entire incident took five minutes. After five more minutes he returned, shouting that he had come to surrender. He was without the revolver that he had previously. Gebhart and another subdued the accused who offered no resistance.

Later that morning the accused gave a verbal statement to an investigator, indicating to him that he was in a depressed mood and wanted to die. The next day the accused gave a handwritten statement to the investigator setting out in detail what had occurred. The accused had written a suicide note prior to the incident at the guardhouse, and it was turned over to the police by his father. There had been tension between him and his father (an adoptive father) for some eighteen months as a result of the accused's falling academic standing and ensuing truancy. He had quit school at the end of January, 1974, and had been faced with a parental ultimatum to get a job by the end of February 1974, failing which he would be sent back to Canada alone.

Psychiatric evidence was given at the accused's trial in his defence, designed to show that he was incapable of forming or having the intent required to support the charge of robbery. A report of an examining psychiatrist and oral evidence by that psychiatrist were received by the Special General Court Martial. This witness was accepted by the Court as a qualified expert in psychiatry. The accused's statement was put in after a *voir dire*, but he himself did not testify. Deniset J. at the conclusion of the trial, which lasted five days, found the accused guilty of robbery (and of joy-riding) but gave no reasons for his finding. The failure to give any reasons at all is at the base of the appeal to this Court as it was at the base of the appeal to the Court Martial Appeal Court.

présentes de mettre les mains en l'air et de vider leurs étuis de revolver. Seul un certain Gebhart était armé, d'un revolver d'ordonnance. L'accusé réclama de l'argent mais on lui répondit que les clés des caisses n'étaient pas là. L'accusé offrit alors à Gebhart de lui rendre son revolver mais ce dernier ne le prit pas. Après avoir ordonné aux trois hommes de se coucher par terre, l'accusé tira trois coups, pas sur eux mais sur le poste de radio et le téléphone qui se trouvaient dans la pièce, et il partit sans prendre d'argent. L'incident dura en tout cinq minutes. Cinq minutes plus tard, l'accusé revint en criant qu'il venait se rendre. Il n'avait plus son revolver. Gebhart et une autre personne s'emparèrent de l'accusé qui ne résista pas.

Plus tard dans la matinée, l'accusé déclara de vive voix à un enquêteur qu'il était déprimé et voulait mourir. Le lendemain, l'accusé remit à l'enquêteur une déclaration écrite exposant en détail ce qui s'était passé. Avant l'incident, il avait écrit une note révélant son intention de se suicider, que son père remit à la police. Les relations entre l'accusé et son père (adoptif) étaient tendues depuis environ 18 mois par suite des échecs scolaires de l'accusé, puis de ses absences à l'école. Il abandonna ses études en janvier 1974 et ses parents lui signifièrent alors un ultimatum: il se trouvait un emploi avant la fin de février 1974, sinon il rentrait seul au Canada.

Au procès de l'accusé, on a présenté à sa décharge le témoignage d'un psychiatre, dans le but de prouver qu'il était incapable de former ou d'entretenir l'intention nécessaire pour justifier une accusation de vol qualifié. Le rapport du psychiatre qui l'avait examiné et son témoignage oral ont été acceptés par la cour martiale générale spéciale. La Cour a reconnu en ce témoin un expert en psychiatrie. La déclaration de l'accusé a été admise après un *voir dire*, mais il n'a pas témoigné. A la conclusion du procès, qui a duré cinq jours, le juge Deniset a déclaré l'accusé coupable de vol qualifié (et de prise de voiture) sans toutefois motiver sa décision. L'absence de motifs est à l'origine du pourvoi devant cette Cour comme de l'appel auprès du Tribunal d'appel des cours martiales.

Insanity was not offered as a defence nor was drunkenness raised as an issue going to intent but what defence counsel strenuously argued before the Special General Court Martial was that there was no proper proof of criminal intent as a required ingredient of robbery, and reliance was placed upon the judgment of this Court in *R. v. George*,². This submission was based on the sequence of events that led to the charge of robbery and particularly on the evidence of the psychiatrist. That evidence showed that he had seen the accused three times on March 7, 14 and 29 respectively spending one hour, two hours and again one hour with the accused in the three interviews. In addition, the psychiatrist examined the previous medical records of the accused, including previous psychiatric records. His diagnosis in his report was that the accused had marked "adjustment reaction of adolescence . . . manifested by low self esteem and marked dependency needs which are defended against by pseudo-independent behaviour and rebelliousness and a tendency toward serious suicide, low frustration tolerance with a tendency to act out antisocially . . ." In his oral evidence, the witness said (and I quote from notes that he made and that he was allowed to use at the trial):

. . . the accused at the time of the alleged offense was so far free from mental disease, defect or derangement as to be able concerning the particular act charged to adhere to the right . . . the accused does possess sufficient mental capacity to understand the nature of the proceedings against him and to intelligently conduct or cooperate in his defence. And, . . . the accused at the time of the alleged offense was not so far free from mental defect, disease, derangement or any other mental impairment as to be able, concerning the particular acts charged to form or entertain the specific intent or other mental state required. Regarding specific intent to commit armed robbery it is the opinion of this examiner that at the time of the commission of the alleged offense a state of sufficient mental confusion existed in the accused as to impair his ability to form or entertain the specific intent or other mental state required to commit the alleged offense.

² [1960] S.C.R. 871.

La défense n'a pas plaidé l'aliénation mentale ni invoqué l'ivresse comme ayant une portée sur la question de l'intention mais, devant la cour martiale générale spéciale, l'avocat de la défense a argué avec insistance de l'absence de preuves suffisantes pour établir l'intention criminelle, nécessaire pour qu'il y ait vol qualifié, et a invoqué l'arrêt *R. c. George*², rendu par cette Cour. Il se fondait sur la chronologie des événements qui ont conduit à l'inculpation de vol qualifié et plus particulièrement sur le témoignage du psychiatre. Ce dernier, dans sa déposition, indique qu'il avait vu l'accusé à trois reprises, les 7, 14 et 29 mars et s'était entretenu avec lui pendant, respectivement, une heure, deux heures et une heure. De plus, le psychiatre avait étudié les antécédents médicaux de l'accusé, y compris ses antécédents psychiatriques. Dans son rapport, son diagnostic indique que l'accusé faisait preuve d'une [TRADUCTION] «inadaptation marquée propre à l'adolescence . . . révélée par un manque de confiance en soi et de grands besoins de dépendance dont il se défend par un comportement faussement indépendant et un esprit de révolte, de graves tendances suicidaires et un seuil très bas de tolérance à la frustration avec tendances à agir de façon antisociale». Dans sa déposition orale, le témoin dit (et je cite à partir de notes qu'il a prises et dont on lui a permis de se servir au procès):

[TRADUCTION] . . . l'accusé, au moment où a eu lieu l'infraction alléguée, ne souffrait pas de maladie, d'aliénation ou de troubles mentaux le rendant incapable, en ce qui concerne l'action qu'on lui impute, de rester dans la bonne voie . . . l'accusé jouit du discernement nécessaire pour comprendre la nature des procédures engagées contre lui et pour mener intelligemment sa défense ou y coopérer. Et, . . . l'accusé, au moment où a eu lieu l'infraction alléguée, souffrait de maladie, d'aliénation, de troubles mentaux ou d'une autre diminution des capacités mentales de sorte qu'il ne pouvait, en ce qui concerne les actions qu'on lui impute, former ou nourrir l'intention arrêtée ou autre disposition d'esprit nécessaire. Pour ce qui est de l'intention arrêtée de commettre un vol à main armée, je suis d'avis qu'au moment où a été commise l'infraction alléguée, l'accusé se trouvait dans un état de confusion mentale suffisant pour diminuer sa capacité de former ou de nourrir l'intention arrêtée ou autre disposition d'esprit nécessaire à la perpétration de l'infraction alléguée.

² [1960] R.C.S. 871.

With the consent of the prosecution, a statutory declaration dated April 5, 1974 by another psychiatrist, who interviewed the accused on two occasions on February 11, 1974, was admitted in evidence. His evaluation was that the accused had a "pathological type of personality development", and had he been an adult he would most likely be diagnosed as "a sociopathic personality". However, at his age where "adolescent turmoil can produce protean reactions" a more complete psychiatric evaluation should be obtained with a view to suitable treatment. He did say that the accused was not committable.

It was the view of the majority of the Court Martial Appeal Court that the issue of intent was so obvious that the Special General Court Martial could not have failed to consider it. He was entitled to weigh the psychiatric evidence along with the other evidence offered, and to decide on the whole of the evidence whether guilt was established. In short, the majority view was that the Special General Court Martial could not be said, merely because no reasons were given, to have misdirected himself as to the issues he had to decide or to have failed to appreciate and weigh all the evidence adduced before him.

In his dissent Heald J. was of the opinion that the psychiatric evidence, if accepted, offered a complete answer to the charge, and the trial judge's failure to give any reasons made it impossible to decide whether he instructed himself as to the effect of that evidence if accepted. Since no reasons were given for not accepting it, Heald J. concluded that he had considerable "reason to doubt" that the trial judge had properly instructed himself. (The quoted words came from the reasons of Estey J. in *Ungaro v. R.*³, at p. 438, and I shall return to that case later). The learned dissenting Judge concluded that there should be a new trial on the robbery charge because he was not satisfied that the trial judge had properly instructed

Avec le consentement de la poursuite, on a admis en preuve une déclaration sous serment, datée du 5 avril 1974, faite par un autre psychiatre qui s'était entretenu avec l'accusé à deux reprises le 11 février 1974. Selon lui, on observait chez l'accusé un [TRADUCTION] «développement pathologique de la personnalité» que l'on aurait très probablement diagnostiqué comme [TRADUCTION] «un trouble du comportement social» s'il s'était agi d'un adulte. Cependant, à son âge où [TRADUCTION] «les crises de l'adolescence peuvent produire des réactions changeantes», il faudrait procéder à un examen psychiatrique plus complet en vue d'un traitement approprié. Il a toutefois ajouté qu'il n'y avait pas lieu d'interner l'accusé.

La majorité du Tribunal d'appel des cours martiales a estimé que la question de l'intention était tellement évidente qu'il était impossible que la cour martiale générale spéciale ne l'ait pas étudiée. Il était permis au juge d'évaluer les témoignages des psychiatres aussi bien que les autres éléments de preuve et de juger si la preuve, prise globalement, établissait la culpabilité de l'accusé. Bref, le Tribunal à la majorité a estimé qu'on ne pouvait dire, du seul fait qu'elle n'avait donné aucun motif, que la cour martiale générale spéciale s'était trompée sur les questions à trancher ou qu'elle n'avait pas évalué ni pesé tous les éléments de preuve qui lui avaient été soumis.

Dans sa dissidence, le juge Heald a estimé que les témoignages des psychiatres, s'ils étaient admis, réfutaient entièrement l'accusation et que, puisque le juge de première instance n'avait pas donné les motifs de sa décision, il était impossible de déterminer s'il avait tenu compte des conséquences de l'admission de ces témoignages. Puisque le juge de première instance n'a pas donné de motifs pour leur rejet, le juge Heald a conclu qu'il y avait sérieusement [TRADUCTION] «lieu de douter» qu'il avait tenu compte de tous les éléments de preuve. (Cette expression est tirée des motifs du juge Estey dans l'affaire *Ungaro c. R.*³, à la p. 438, sur laquelle je reviendrai plus tard). Le savant juge a conclu dans sa dissidence que l'inculpation de vol qualifié devait faire l'objet d'un nouveau procès

³ [1950] S.C.R. 430.

³ [1950] R.C.S. 430.

himself.

The appeal to this Court was on the footing that Heald J.'s dissent raised a question of law by reason of the failure of the trial judge, absent any reasons for finding the accused guilty, to show that he had directed himself correctly in rejecting the uncontradicted psychiatric evidence which raised a reasonable doubt of the accused's capacity to form and have the intent necessary to support the charge of robbery. As I have already indicated, the Court Martial Appeal Court was empowered to set aside the conviction on any question of mixed law and fact as well as on any question of law alone, but this latitude is not open to this Court. Mere failure of a trial judge to give reasons, in the absence of any statutory or common law obligation to give them, does not raise a question of law. There is no such statutory obligation under the *National Defence Act* nor under the *Criminal Code*, nor can I find, or be justified in fashioning, a common law rule applicable to all criminal trials. The desirability of giving reasons is unquestionable. As was said in a Note in (1970), 48 Can. Bar Rev. 584 by Professor Hooper,

The arguments in favour of reasoned judgments are obvious. The process of publicly formulating his reasons may lead the judge to a conclusion other than that reached upon the basis of "intuition". The parties to the case, both the Crown and the defence, will want to assure themselves that the judge properly understood the issues before him and will want to know whether he reached any conclusions of law or fact that could be challenged at the appellate level. The general public, or at least the victim if there was one, may have an interest in knowing why a certain verdict was reached.

These considerations and others that could be mustered go to show what is the preferable practice, but the volume of criminal work makes an indiscriminate requirement of reasons impractical, especially in provincial criminal courts, and the risk of ending up with a ritual formula makes it undesirable to fetter the discretion of trial judges.

parce qu'il n'était pas convaincu que le juge de première instance avait tenu compte de tous les éléments de preuve.

Le pourvoi devant cette Cour se fonde sur l'allégation que la dissidence du juge Heald soulevait une question de droit. Le juge de première instance, en n'indiquant pas pour quels motifs il avait conclu à la culpabilité, n'aurait pas démontré qu'il avait eu raison de rejeter les témoignages des psychiatres, qui n'ont pas été réfutés et qui soulevaient un doute raisonnable sur la capacité de l'accusé de former et d'entretenir l'intention nécessaire pour justifier l'accusation de vol qualifié. Comme je l'ai déjà indiqué, le Tribunal d'appel des cours martiales pouvait annuler la déclaration de culpabilité sur toute question mixte de droit et de fait comme sur toute question de droit strict, mais cette Cour n'a pas ce pouvoir. La simple omission par un juge de première instance de donner des motifs, lorsque ni la loi ni la *common law* ne l'y obligent, ne soulève pas une question de droit. Ni la *Loi sur la défense nationale*, ni le *Code criminel* ne l'y obligent et je ne puis trouver de règle de *common law* applicable à tous les procès criminels, et je ne serais pas fondé à en formuler une. Il est certainement préférable de donner des motifs et comme le disait le professeur Hooper dans la Revue du barreau canadien (1970) n° 48, à la p. 584,

[TRADUCTION] Les arguments en faveur de jugements motivés sont évidents. Le processus par lequel le juge formule publiquement ses motifs peut le mener à une conclusion différente de celle que lui suggérait l'«intuition». Les parties à l'affaire, le ministère public et la défense, veulent s'assurer que le juge a bien compris les questions qui lui sont soumises et elles tiennent à savoir s'il est parvenu à des conclusions de droit ou de fait pouvant faire l'objet d'un appel. Les motifs d'un verdict donné peuvent aussi intéresser le public, ou, tout au moins, le cas échéant, la victime.

Ces considérations et bien d'autres encore indiquent clairement la pratique souhaitable, mais vu le nombre d'affaires criminelles, on ne peut exiger que les juges rendent dans tous les cas des motifs, surtout lorsqu'il s'agit de tribunaux criminels provinciaux, et le risque d'en venir à une formule rituelle rend indésirable toute entrave au pouvoir discrétionnaire des juges de première instance.

There are instances in statute law in this country where reasons are obligatory, as, for example, under the *Immigration Appeal Board Act*, R.S.C. 1970, c. I-3, s. 7(3) if demanded by the parties, and under the *Ontario Energy Board Act*, R.S.O. 1970, c. 312, s. 17.

It does not follow, however, that failure of a trial judge to give reasons, not challengeable *per se* as an error of law, will be equally unchallengeable if, having regard to the record, there is a rational basis for concluding that the trial judge erred in appreciation of a relevant issue or in appreciation of evidence that would affect the propriety of his verdict. Where some reasons are given and there is an omission to deal with a relevant issue or to indicate an awareness of evidence that could affect the verdict, it may be easier for an appellate Court or for this Court to conclude that reversible error was committed: see *R. v. Bush*⁴, at p. 44; *Ungaro v. R.*⁵; *Horsburgh v. R.*⁶; *Kolnberger v. R.*⁷.

The more intractable situation is where, as here, no reasons at all are given. *Ungaro v. R.*, *supra*, Rinfret C.J. said this (at p. 432):

I do not mean that a trial judge is obliged in his judgment to give all the reasons which lead him to the conclusion that an accused is guilty. Undoubtedly if he finds one valid reason why he should reach that conclusion it is not necessary that he should also give other reasons. It is imperative, however, that he should give a decision upon all the points raised by the defence which might be of a nature to bring about the acquittal of the accused.

It cannot be taken from this passage that the Chief Justice was saying that reasons must be given but only that, if they are given, they should reflect consideration of telling points in the case. To the same effect is what Estey J. said (at p. 438) as follows:

⁴ [1939] 1 W.W.R. 42.

⁵ [1950] S.C.R. 430.

⁶ [1967] S.C.R. 746.

⁷ [1969] S.C.R. 213.

La législation canadienne exige dans certains cas l'exposé des motifs d'une décision, comme, par exemple, l'art. 7(3) de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.R.C. 1970, c. I-3, lorsque les parties le demandent, et l'art. 17 de l'*Ontario Energy Board Act*, R.S.O. 1970, c. 312.

Cela ne veut pas dire cependant que l'omission par un juge de première instance de donner des motifs, qui ne constitue pas en soi une erreur de droit, ne pourra être contestée si, compte tenu du dossier, on peut logiquement conclure que le juge s'est trompé dans l'appréciation d'une question pertinente ou d'un élément de preuve de nature à influencer sur la justesse de son verdict. Lorsque la décision est motivée et que le juge a omis de traiter d'une question pertinente ou d'indiquer qu'il prenait acte de certains éléments de preuve de nature à influencer sur le verdict, il peut être plus facile pour une cour d'appel ou pour cette Cour de conclure qu'une erreur justifiant l'infirmité du jugement a été commise: voir les arrêts *R. v. Bush*⁴, à la p. 44; *Ungaro c. R.*⁵, *Horsburgh c. R.*⁶, et *Kolnberger c. R.*⁷.

En l'absence de motifs, comme c'est le cas en l'espèce, la situation devient très délicate. Dans l'arrêt *Ungaro c. R.* (précité), le juge en chef Rinfret (dit à la p. 432):

[TRADUCTION] Je ne veux pas dire qu'un juge de première instance doit donner dans son jugement tous les motifs qui l'ont porté à conclure à la culpabilité de l'accusé. Il est évident que s'il trouve un motif valable justifiant cette conclusion, il n'a pas à en donner d'autres. Cependant, il est indispensable qu'il rende une décision sur toutes les questions soulevées par la défense et qui pourraient être de nature à entraîner l'acquiescement de l'accusé.

Le Juge en chef ne voulait pas dire par là que les jugements doivent être accompagnés de motifs, mais seulement que s'ils le sont, les motifs doivent montrer que les points importants de l'affaire ont été pris en considération. Le juge Estey s'est prononcé en ce sens (à la p. 438):

⁴ [1939] 1 W.W.R. 42.

⁵ [1950] R.C.S. 430.

⁶ [1967] R.C.S. 746.

⁷ [1969] R.C.S. 213.

In his reasons, with great respect, the learned trial judge discloses that he had misdirected himself with respect to the relevancy of the denial and given to it an importance in relation to the main issue not justified upon the authorities. Moreover, a reading of the reasons as a whole suggests that he did not direct himself as to the explanation of the source of the goods in relation to the evidence as required in *Richler v. The King* . . . There is at least "reason to doubt that he properly charged himself when forming his conclusions upon the evidence" as stated by Chief Justice Moss in *Rex v. Frank* ((1910) 16 C.C.C. 237), which, with respect would appear to be an accurate statement of the limitation in respect to the presumption upon which *Rex v. Bush* . . . was decided.

Reasons were given by the trial judge in the *Ungaro* case, but it is not evident that any were given by the trial judge in *R. v. Bush*⁸. The British Columbia Court of Appeal in the *Bush* case (which dealt with a conviction on the uncorroborated evidence of an accomplice) said that "there is no obligation upon a trial judge to exemplify his legal qualifications respecting the rules of evidence in trying a case, because his requisite knowledge of the law pertaining to the proper discharge of the duties of his office must be assumed . . .". This statement was contrary to that expressed by the Alberta Appellate Division in *R. v. Ambler*⁹, where it was held that a trial judge who would convict on the uncorroborated evidence of an accomplice must provide an accompanying statement showing that he appreciates the danger of so convicting. To the extent to which *Ungaro* and other cases in this Court, such as *Kolnberger v. The Queen*, *supra*, have dealt with the issue raised by the *Bush* and *Ambler* cases, they have done so in situations where some reasons were given, and thus the Court had some basis upon which to decide if there was a reversible error committed by the trial judge.

[TRADUCTION] Très respectueusement, le savant juge de première instance montre dans ses motifs qu'il s'est trompé sur la pertinence de la dénégation et qu'il lui a accordé, relativement au fond, une importance que la jurisprudence ne justifie pas. De plus, il ressort de l'ensemble des motifs qu'il n'a pas accordé à l'explication de la provenance des biens, en regard de la preuve, l'importance qu'impose l'arrêt *Richler c. Le Roi* . . . Il y a au moins «lieu de douter qu'il ait tenu compte de tous les éléments de preuve en tirant ses conclusions d'après la preuve» comme l'a déclaré le juge en chef Moss dans l'arrêt *Rex c. Frank* (1910) 16 C.C.C. 237, ce qui, respectueusement, semble énoncer avec justesse la réserve en ce qui concerne la présomption sur laquelle la décision dans l'affaire *Rex v. Bush* . . . a été fondée.

Dans l'affaire *Ungaro*, le juge de première instance a rendu des motifs, mais il n'est pas certain que le juge de première instance l'ait fait dans l'affaire *R. v. Bush*⁸. Dans l'affaire *Bush* (qui traitait d'un verdict de culpabilité fondé sur le témoignage non corroboré d'un complice), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué qu' [TRADUCTION] «un juge de première instance n'est pas tenu d'indiquer qu'il connaît suffisamment les règles de la preuve pour instruire une action, car on doit présumer qu'il possède les connaissances juridiques nécessaires pour remplir convenablement ses fonctions . . .». Cette opinion est contraire à celle qu'a exprimée la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. v. Ambler*⁹, où l'on a statué qu'un juge de première instance, lorsqu'il prononce un verdict de culpabilité fondé sur le témoignage non corroboré d'un complice, doit accompagner sa décision d'une déclaration indiquant qu'il se rend compte du danger inhérent à cette façon d'agir. Si l'affaire *Ungaro* et d'autres affaires dont cette Cour a été saisie, comme l'affaire *Kolnberger c. La Reine* (précitée), ont traité de la question soulevée par les arrêts *Bush* et *Ambler*, c'était dans des cas où des motifs étaient donnés et par conséquent, la Cour disposait de certains éléments sur lesquels se fonder pour décider si le juge de première instance avait commis une erreur justifiant l'infirmité du jugement.

⁸ [1939] 1 W.W.R. 42.

⁹ [1938] 2 W.W.R. 225.

⁸ [1939] 1 W.W.R. 42.

⁹ [1938] 2 W.W.R. 225.

I would observe also that *Bush* and *Ambler*, and like cases where accomplice evidence is involved, are cases where a particular direction must be given to the jury on the danger of convicting on such evidence if uncorroborated, and hence the concern about self-misdirection when a trial judge is sitting alone. The present case is not in that category. The most that can be taken from previous decisions of this Court, in their application to a situation where no reasons are given by the trial judge, is that there is no preclusion from looking at the case as a whole, the issues, the defences, the record of the proceedings, as a basis for coming to a conclusion whether there is, as I have already said, a rational basis for concluding that the trial judge erred in a matter that could reasonably have affected his verdict.

In the present case, there was only one debatable issue on the charge of robbery and that was the question of intent to which counsel for the prosecution and for the defence directed their summations, as appears from the record. Neither insanity nor drunkenness was germane in this case to the question of guilt, and it is impossible to conclude that the trial judge was unaware of the centrality of intent to which the evidence of the psychiatrist was addressed. What he had to decide was whether that evidence and the evidence of other witnesses, both as to the *actus reus* and as to the behaviour of the accused, should lead him to acquit. That he did not do so cannot in this case, and on the record in the case, lead to any doubt about the trial judge's appreciation of the legal issue before him and of the evidence touching that issue. Heald J.'s dissent in the Court Martial Appeal Court is at bottom a disagreement with the trial judge on the weight of the evidence. The fact that he or I would have come to a different conclusion is, so far as the jurisdiction of this Court is concerned, immaterial.

Being satisfied as I am that there could be no doubt about the trial Judge's apprehension of the legal issue before him (despite the absence of any

Je tiens également à souligner que les affaires *Bush* et *Ambler* et d'autres du même genre, où entre en jeu le témoignage d'un complice, sont des cas où le jury doit être instruit de façon particulière du danger inhérent à un verdict de culpabilité fondé sur pareil témoignage, s'il n'est pas corroboré, d'où la crainte plus grande d'erreurs quand un juge siège seul. L'affaire présente n'entre pas dans cette catégorie. Tout au plus peut-on conclure de décisions antérieures de cette Cour, dans la mesure où elles s'appliquent aux cas où le juge de première instance n'a pas donné de motifs, que rien n'interdit de considérer l'affaire globalement, les questions en litige, la défense et le dossier des procédures, pour déterminer s'il existe, comme je l'ai déjà dit, des motifs valables pour conclure que le juge de première instance s'est trompé sur une question qui pourrait raisonnablement avoir influé sur son verdict.

En l'espèce, il ressort du dossier que la seule question discutable, en ce qui concerne l'accusation de vol qualifié, était la question de l'intention, sur laquelle ont porté les conclusions des avocats de la poursuite et de la défense. Dans l'affaire qui nous intéresse, ni la folie ni l'ivresse n'étaient pertinentes à la question de la culpabilité, et il est impossible de conclure que le juge de première instance ne se rendait pas compte de l'importance primordiale de la question de l'intention, sur laquelle portait le témoignage du psychiatre. Il devait juger si cette déposition et celles des autres témoins sur l'*actus reus* et sur le comportement de l'accusé devaient l'amener à conclure à l'acquiescement. Le fait qu'il n'a pas acquitté l'accusé ne permet pas ici, et selon le dossier en l'espèce, de mettre en doute son appréciation du problème juridique dont il était saisi et des dépositions relatives à cette question. La dissidence du juge Heald au Tribunal d'appel des cours martiales est foncièrement un désaccord entre lui et le juge de première instance sur la portée des témoignages. Le fait que lui ou moi en serions arrivés à une conclusion différente est sans importance en ce qui concerne la compétence de cette Cour.

Comme je suis persuadé que le juge de première instance a parfaitement compris le problème juridique dont il était saisi (malgré l'absence de

reasons), I do not find any question of law that would justify interference by this Court because of the way in which the evidence was assessed. The psychiatrist, on the record, had been accepted as a qualified expert so it was only the weight, the cogency of his evidence and not his credibility as a witness that was under consideration by the trial judge.

I would dismiss the appeal.

SPENCE J. (*dissenting*)—I have had the opportunity of perusing and considering the reasons for judgment written by the Chief Justice. With respect, I must differ with the conclusion expressed therein.

It is apparent that the whole difficulty in the consideration of the appeal arises from the failure of the Special General Court Martial to give any reasons whatsoever for his decision. I am in agreement with the statement of the Chief Justice that the mere failure of a trial judge to give reasons in the absence of any statutory or common law obligation to give them does not raise a question of law and that such a statutory obligation would be most fettering especially when one considers the enormous number of trials which must be handled by provincial court judges in the ordinary carriage of their official duties.

I think it is relevant, however, to point out that in this particular case Deniset J. was not acting as a provincial court judge nor even as a judge sitting in assize but was a Special General Court Martial appointed by the Minister of National Defence for the purpose of carrying out the trial of this accused youth. The trial lasted five days and it is more than regrettable that Deniset J., presiding as such Special General Court Martial did not devote the few minutes necessary to dictate reasons for judgment.

The Chief Justice has outlined in considerable detail the circumstances and I need elaborate on them very little.

The only question is whether the Crown had produced evidence which proved beyond a reasonable doubt that the appellant had the intent necessary for the commission of the offence. The

motifs), je ne trouve aucune question de droit justifiant une intervention de cette Cour en raison de l'évaluation de la preuve. Le dossier révèle que le psychiatre a été reconnu comme un expert compétent; le juge de première instance n'avait donc à se prononcer que sur le poids, sur la force de sa déposition et non pas sur sa crédibilité en tant que témoin.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

LE JUGE SPENCE (*dissent*)—J'ai eu l'avantage de lire et d'examiner les motifs rédigés par le Juge en chef. Très respectueusement, je ne suis pas d'accord avec ses conclusions.

Manifestement, la difficulté que présente ce pourvoi tient entièrement au fait que la cour martiale générale spéciale n'a pas motivé sa décision. Je partage l'opinion du Juge en chef lorsqu'il déclare que la simple omission par un juge de première instance de donner des motifs, lorsque ni la loi ni la *common law* ne l'y obligent, ne soulève pas une question de droit et qu'une telle obligation légale serait très contraignante, compte tenu surtout du nombre considérable de procès dont sont saisis les juges des tribunaux provinciaux dans le cours ordinaire de leurs fonctions.

Cependant, à mon sens, il faut souligner qu'en l'espèce, le juge Deniset n'agissait pas à titre de juge de cour provinciale ni même de juge siégeant en assises mais en qualité de cour martiale générale spéciale désignée par le ministre de la Défense nationale pour juger le jeune accusé. Le procès a duré cinq jours et il est fort regrettable que le juge Deniset, qui composait la cour martiale générale spéciale, n'ait pas pris quelques minutes pour dicter les motifs de son jugement.

Le Juge en chef a exposé les faits en détail, aussi n'ai-je pas à m'étendre sur le sujet.

La seule question est de déterminer si la poursuite a prouvé, au-delà de tout doute raisonnable, que l'appelant avait formé l'intention nécessaire à la perpétration de l'infraction. Le chef d'accusa-

charge, under the provisions of the *National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4, was the commission of the offence of robbery outlined in s. 302(c) of the *Criminal Code*. That section provides:

302. Everyone commits robbery who,

(c) assaults any person with intent to steal from him;

It was, therefore, the Crown's duty to prove the specific intent to steal from Master Corporal Gebhart. This specific intent and the ability of the accused to possess such specific intent was practically the only matter at issue during the trial. The evidence given by the witnesses for the prosecution, so far as it dealt with the factual situation, was uncontradicted and unquestioned. The defence called only the evidence of another young man, a friend of the appellant, and a sixteen-year-old girl who described herself as the "girl friend" of the appellant, and then called Lieutenant-Colonel Isom, a commissioned officer of the United States Army, a medical doctor, and a skilled practising psychiatrist. All of the defence evidence was evidence concerned solely with the mental condition and capacity of the appellant and particularly with his ability to form the specific intent required before there could be conviction on the charge which the court martial was considering. No reply evidence was called by the prosecution. I quote only one sentence from Lieutenant-Colonel Isom's evidence:

Regarding specific intent to commit armed robbery it is the opinion of this examiner that at the time of the commission of the alleged offence a state of sufficient mental confusion existed in the accused as to impair his ability to form or entertain the specific intent or other mental state required to commit the alleged offence.

After the evidence as outlined by the Chief Justice in his reasons and after this evidence by Lieutenant-Colonel Isom, counsel addressed the court. The counsel for the prosecution ended his address in the following fashion:

The defence, to succeed, should either show to this court that the accused was insane, which is not the case, or that the accused did not have the specific intent to steal from Master Corporal Gebhart.

tion, conformément à la *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, c. N-4, était le vol qualifié, défini à l'al. c) de l'art. 302 du *Code criminel*. Cet article prévoit que:

302. Commet un vol qualifié, quiconque

c) se livre à des voies de fait sur une personne avec l'intention de la voler;

La poursuite était donc tenue de prouver l'intention arrêtée de voler le caporal chef Gebhart. Cette intention arrêtée et la capacité qu'avait l'accusé de la former ont été pour ainsi dire les seuls points en litige au procès. Les dépositions des témoins à charge, en ce qu'elles avaient trait aux faits, n'ont pas été contredites ni mises en doute. La défense n'a cité qu'un autre jeune homme, un camarade de l'appellant, et une jeune fille de 16 ans qui s'est dite «l'amie» de l'appellant; elle a ensuite cité le lieutenant-colonel Isom, officier de l'armée américaine, médecin et praticien en psychiatrie. Les éléments de preuve présentés par la défense se rapportaient uniquement à l'état mental et au discernement de l'appellant et plus particulièrement à sa capacité de former l'intention arrêtée nécessaire pour être déclaré coupable de l'infraction dont il était accusé devant la cour martiale. La poursuite n'a présenté aucune preuve contraire. Je ne cite qu'une phrase tirée de la déposition du lieutenant-colonel Isom:

[TRADUCTION] Pour ce qui est de l'intention arrêtée de commettre un vol à main armée, je suis d'avis qu'au moment où a été commise l'infraction alléguée, l'accusé se trouvait dans un état de confusion mentale suffisant pour diminuer sa capacité de former ou de nourrir l'intention arrêtée ou autre disposition d'esprit nécessaire à la perpétration de l'infraction alléguée.

Après les témoignages que résume le Juge en chef dans ses motifs et la déposition du lieutenant-colonel Isom, les avocats ont pris la parole. L'avocat de la poursuite a terminé son exposé comme suit:

[TRADUCTION] Pour obtenir gain de cause, la défense doit prouver à cette cour que l'accusé était atteint d'aliénation mentale, ce qui n'est pas le cas, ou qu'il n'avait pas l'intention arrêtée de voler le caporal chef Gebhart.

That's all, Your Honour.

It is, in my view, significant that although the prosecution counsel did say that the next step for the prosecution to prove was the specific intent and it was his contention that the evidence had proved that specific intent. He had just previously said that the defence to succeed should either show that the accused was innocent or that the accused did not have the specific intent to steal from Master Corporal Gebhart. This initial statement was, in my opinion, plainly incorrect. It was not the duty of the appellant or of his counsel to prove anything. It was the duty of the prosecution to prove each essential element of its case including specific intent beyond reasonable doubt. Indeed, all the defence had to do to be entitled to an acquittal was to raise such reasonable doubt.

Speaking personally, I cannot see how the evidence both factual and that of Lieutenant-Colonel Isom, the psychiatrist, could fail to raise such reasonable doubt.

In the light of this statement by the counsel for the prosecution and the presiding judge's failure to give any reasons whatsoever, I have a considerable doubt as to whether the presiding judge was not misled by the statement of the prosecution counsel into believing that once the defence of insanity had been disposed of there remained a duty on the defence to prove the lack of specific intent. I can see no other explanation for the learned presiding judge's failure to carefully dispose of that exact issue.

In *Ungaro v. R.*¹⁰, this Court was considering a case where a County Court Judge sitting without a jury had convicted the accused on a charge of receiving stolen goods. The County Court Judge did give reasons but did not refer to the explanation of possession offered by the accused. Therefore, although the situation differs from that in the present appeal in which no reasons whatsoever were given by the judge presiding at the Special General Court Martial, there are statements of some interest. Estey J. said at p. 438:

¹⁰ [1950] S.C.R. 430.

C'est tout, votre Seigneurie.

A mon avis, il faut remarquer que l'avocat de la poursuite a dit que cette dernière devait ensuite prouver l'existence de l'intention arrêtée et soutenu que cette intention était établie par la preuve, alors qu'il avait affirmé auparavant que la défense, pour obtenir gain de cause, devait démontrer soit que l'accusé était innocent soit qu'il n'avait pas l'intention arrêtée de voler le caporal chef Gebhart. J'estime que sa première assertion était clairement erronée. Ni l'appelant ni son avocat n'étaient tenus de prouver quoi que ce soit. Il appartenait à la poursuite d'établir chaque élément essentiel de ses prétentions, y compris l'intention arrêtée, et ce, au-delà de tout doute raisonnable. Il suffisait bien sûr à la défense, pour obtenir l'acquiescement, de susciter ce doute raisonnable.

Pour ma part, je ne vois pas comment la preuve portant sur les faits et la déposition du psychiatre, le lieutenant-colonel Isom, pouvaient ne pas susciter ce doute raisonnable.

Compte tenu de la déclaration de l'avocat de la poursuite et l'absence de motifs accompagnant la décision du juge président, je crains sérieusement que ce dernier n'ait été amené à croire par les propos de l'avocat de la poursuite que le moyen fondé sur l'aliénation mentale ayant été rejeté, il incombait alors à la défense de prouver l'absence d'intention arrêtée. Je ne puis expliquer autrement le fait que le savant juge président n'a pas pris le soin de trancher ce point précis.

Dans *Ungaro c. R.*¹⁰, cette Cour était saisie d'une affaire dans laquelle un magistrat d'une cour de comté siégeant sans jury avait déclaré l'accusé coupable de recel de biens volés. Le magistrat de la cour de comté a donné des motifs mais n'a pas mentionné l'explication offerte par l'accusé relativement à la possession des biens volés. La situation n'est pas la même qu'en l'espèce, puisque le juge composant la cour martiale générale spéciale n'a rendu aucun motif, mais cet arrêt contient des déclarations d'un certain intérêt. Voici ce que dit le juge Estey, à la p. 438:

¹⁰ [1950] R.C.S. 430.

There is at least "reason to doubt that he properly charged himself when forming his conclusions upon the evidence" as stated by Chief Justice Moss in *Rex v. Frank* (1910), 16 C.C.C. 237, which, with respect would appear to be an accurate statement of the limitation in respect to the presumption upon which *Rex v. Bush* was decided.

The presumption in *R. v. Bush*¹¹, was, that in the absence of anything appearing on the record to indicate otherwise, the learned trial judge did apply the proper and relevant principles. In my view, for the reasons which I have outlined, there is in the present record an indication otherwise and, therefore, as I said, I have a doubt as to whether the judge presiding at the Special General Court Martial did not misdirect himself.

For these reasons, I would allow the appeal.

The trial took place in April 1974. The appellant was sentenced to a term of eighteen months in prison. The record does not indicate whether the appellant has been at liberty between that date and the present time pending the consideration of his appeal to the Court Martial Appeal Court of Canada and then to this Court. If not, of course, the service of his sentence would have been completed long before this and I would have quashed the conviction and directed that the appellant be released. If, however, the appellant has been at liberty, I am of the opinion that the appeal should be allowed, the conviction quashed and a new trial directed.

Appeal dismissed, SPENCE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: McCann & Bayne, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Judge Advocate General, Ottawa.

¹¹ (1938), 53 B.C.R. 252.

[TRADUCTION] Il y a au moins «lieu de douter qu'il ait tenu compte de tous les éléments de preuve en tirant ses conclusions d'après la preuve» comme l'a déclaré le juge en chef Moss dans l'arrêt *Rex c. Frank* (1910) 16 C.C.C. 237, ce qui, respectueusement, semble énoncer avec justesse la réserve en ce qui concerne la présomption sur laquelle la décision dans l'affaire *Rex v. Bush* a été fondée.

Dans l'affaire *R. v. Bush*¹¹, on a présumé qu'en l'absence de toute indication contraire au dossier, le savant juge de première instance avait appliqué les principes appropriés et pertinents. A mon avis, pour les motifs que j'ai exposés, le dossier en l'espèce permet le doute et par conséquent, comme je l'ai dit, je crains que le juge présidant la cour martiale générale spéciale n'ait fait fausse route.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi.

Le procès a eu lieu en avril 1974. L'appelant a été condamné à une peine de 18 mois d'emprisonnement. Le dossier n'indique pas si l'appelant est resté en liberté de ce jour à aujourd'hui, en attendant qu'il soit statué sur son appel devant le Tribunal d'appel des cours martiales et sur son pourvoi devant cette Cour. Si ce n'était pas le cas, il aurait purgé sa peine depuis longtemps et j'aurais annulé la déclaration de culpabilité et ordonné l'élargissement de l'appelant. Cependant, si l'appelant est resté en liberté, je suis d'avis qu'il faut accueillir le pourvoi, annuler la déclaration de culpabilité et ordonner un nouveau procès.

Pourvoi réjeté, le juge SPENCE étant dissident.

Procureurs de l'appelant: McCann & Bayne, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Le Juge-avocat général, Ottawa.

¹¹ (1938), 53 B.C.R. 252.

John Harvey Miller and Vincent John Roger Cockriell *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1976: June 22, 23; 1976: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Murder of policeman while acting in course of his duties — Mandatory sentence of death — Death penalty not cruel and unusual punishment within meaning of s. 2(b) of Canadian Bill of Rights, 1960 (Can.), c. 44 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 214(2), 218(1) (am. 1973, c. 38) — Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1974-75-76, c. 105.

On a joint charge of unlawfully committing "murder punishable by death" in the killing of a policeman while acting in the course of his duties, the two appellants were convicted at trial and sentenced to death pursuant to ss. 214(2) and 218(1) of the *Criminal Code*. On appeal, the majority of the Court of Appeal held, *inter alia*, that the death penalty was not cruel and unusual punishment within the meaning of s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* and that, accordingly, ss. 214(2) and 218(1) of the *Code* were not inoperative by virtue of the application of the said s. 2(b) of the *Bill of Rights*. Following the hearing of the appeals to this Court, the *Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976*, was enacted, whereby, *inter alia*, the death penalty provisions of the *Criminal Code* were repealed. Section 25(2) provides that if "after the coming into force of this Act, an appeal against conviction by a person under a sentence of death upon the coming into force of this Act for murder punishable by death is dismissed, that sentence thereupon becomes a sentence of imprisonment for life for first degree murder without eligibility for parole until he has served twenty-five years of his sentence." The Act came into force on July 26, 1976.

Held: The appeals should be dismissed.

Per Curiam: Notwithstanding the provisions of the 1976 Act, the question as to whether the death penalty in this case constituted cruel and unusual punishment remained of more than academic importance. If s. 2(b) of the *Bill of Rights* had already had the effect of rendering ss. 214 and 218 inoperative, then these appel-

John Harvey Miller et Vincent John Roger Cockriell *Appellants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1976: les 22 et 23 juin; 1976: le 5 octobre.

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

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

Droit criminel — Meurtre d'un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions — Sentence de mort impérative — La peine de mort ne constitue pas une peine cruelle ou inusitée au sens du par. 2b) de la Déclaration canadienne des droits, 1960 (Can.), c. 44 — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 214(2), 218(1), (mod. 1973, c. 38) — Loi modifiant le droit pénal (n° 2), 1974-75-76, c. 105.

Conjointement accusés d'avoir illégalement commis un «meurtre punissable de mort» en tuant un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions, les deux appelants, à l'issue de leur procès, ont été condamnés à mort conformément aux par. 214(2) et 218(1) du *Code criminel*. En appel, la majorité de la Cour d'appel a statué notamment que la peine de mort ne constitue pas une peine cruelle et inusitée au sens du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* et que, en conséquence, les par. 214(2) et 218(1) du *Code* n'étaient pas devenus inopérants en raison de l'application dudit paragraphe 2b) de la *Déclaration des droits*. Après l'audition de ces pourvois par la présente Cour, fut promulguée la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, (n° 2)* qui a abrogé les dispositions relatives à la peine de mort. Le paragraphe 25(2) prévoit qu'«après l'entrée en vigueur de la présente Loi, toute peine de mort prononcée, avant cette date, pour meurtre punissable de mort est, dès le rejet de tout appel interjeté par le condamné de sa déclaration de culpabilité, commuée en un emprisonnement à perpétuité pour meurtre au premier degré, assorti d'un délai préalable à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans». La Loi est entrée en vigueur le 26 juillet 1976.

Arrêt: Les pourvois doivent être rejetés.

La Cour: Malgré les dispositions de la Loi de 1976, la question du caractère cruel et inusité de la peine de mort, en l'espèce, est plus qu'une simple question théorique. Si le par. 2b) de la *Déclaration des droits* avait déjà eu pour effet de rendre inopérants les art. 214 et 218, les appelants n'auraient pas pu être déclarés coupables de

lants could not have been found guilty of "murder punishable by death" and, as the law then stood, the only sentence which could have been imposed would have been one of imprisonment for life under s. 214(3). The question therefore became one of first importance to the appellants because if these appeals were to be allowed rather than dismissed, and if the convictions "for murder punishable by death" were to be quashed, there would be no provision rendering either of the appellants *ineligible* "for parole until he had served twenty-five years of his sentence". Whether or not the appellants were to be denied parole for the first twenty-five years of their sentences therefore depended upon whether or not ss. 214 and 218 of the *Code* were rendered inoperative by s. 2(b) of the *Bill of Rights*.

Per Laskin C.J. and Spence and Dickson J.J.: Section 5(2) of the *Canadian Bill of Rights* provides for its application to federal law, whether enacted before or after the effective date of the *Bill of Rights*. What is more, the *Bill of Rights* cannot be governed in its interpretation and application by the course of parliamentary legislation, especially post-*Canadian Bill of Rights* legislation. It is rather that the legislation of Parliament falls to be tested as to its operative effect by what the *Bill of Rights* prescribes; otherwise, the *Bill of Rights* becomes merely an interpretation statute, yielding to a contrary intention in legislation measured against it.

It is s. 2 of the *Bill of Rights* which gives force to s. 1 and hence, especially since the prescriptions of s. 2 are stated to be effective "in particular", their import should not be diminished by reference to what is more generally prescribed in s. 1. Section 2(b), therefore, must be considered in its own terms as providing that "no law of Canada should be construed or applied so as to impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment".

Although the words of s. 2(b) have application to methods of punishment, whether the punishment be death or not, they cannot reasonably be limited to methods. It would be patent, for example, that death as a mandatory penalty today for theft would be offensive to s. 2(b). That is because there are social and moral considerations that enter into the scope and application of s. 2(b). Harshness of punishment and its severity in consequences are relative to the offence involved but, that being said, there may still be a question whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency.

The words "cruel and unusual" should not be treated as conjunctive in the sense of requiring a rigidly separate assessment of each word, each of whose meanings must

«meurtre punissable de mort» et, selon la loi en vigueur à l'époque, la seule sentence possible aurait été l'emprisonnement à perpétuité en vertu du par. 214(3). Cette question prend donc une grande importance pour les appelants car, si ces pourvois devaient être accueillis au lieu d'être rejetés et si les déclarations de culpabilité pour «meurtre punissable de mort» devaient être annulées, aucune disposition ne viendrait leur imposer «un délai préalable à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans». La question de savoir si les appelants peuvent ou non obtenir une libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 ans de leur sentence dépend donc de l'effet du par. 2b) de la *Déclaration des droits* sur les anciens art. 214 et 218 du *Code*.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson: Aux termes de son par. 5(2), la *Déclaration canadienne des droits* s'applique à la législation fédérale édictée, avant ou après son entrée en vigueur. En outre, l'interprétation et l'application de la *Déclaration des droits* ne peuvent dépendre de l'évolution de la législation et surtout pas des lois adoptées après la *Déclaration canadienne des droits*. En fait, c'est l'effet des lois du Parlement qui doit être analysé au vu des dispositions de la *Déclaration des droits*; autrement, cette dernière ne constituerait qu'une simple loi d'interprétation et resterait inopérante devant une loi à l'effet contraire.

C'est l'art. 2 de la *Déclaration des droits* qui donne toute sa force à l'art. 1 et, puisque l'art. 2 précise que ces dispositions s'appliquent «en particulier», on ne peut diminuer leur portée en les interprétant en fonction des dispositions plus générales de l'art. 1. Il faut donc étudier le libellé du par. 2b) selon lequel «nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition».

Même si les termes du par. 2b) se reportent aux méthodes d'exécution, qu'il s'agisse de peine de mort ou non, ils ne peuvent s'appliquer uniquement à ces méthodes d'exécution. Il est évident que, si de nos jours, on imposait obligatoirement la peine de mort dans les cas de vol, ce serait contraire aux dispositions du par. 2b), en raison des considérations morales et sociales qui influencent la portée et l'application de ce paragraphe. La dureté d'une peine et la sévérité de ses conséquences sont fonction de l'infraction commise. Ceci dit, on peut encore se demander si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine.

Les mots «cruel et inusité» ne doivent pas être considérés comme conjonctifs, en ce sens qu'il faudrait faire une analyse rigoureusement autonome de chaque mot et que

be met before they become effective against challenged legislation, but rather as interacting expressions colouring each other, so to speak, and hence to be considered together as a compendious expression of a norm.

The four grounds of challenge to the death penalty offered by the appellants were respectively, that (1) it is unusually severe and hence degrading to human dignity and worth; (2) it is arbitrarily imposed; (3) it is not acceptable to a large segment of the population and (4) it is excessive in that it cannot be shown that it has had any deterrent effect on murder that would not be realized by a punishment that was not so final. Grounds (2) and (3) were completely without merit, and grounds (1) and (4) must also be rejected. The mandatory death penalty for the murder of a policeman or a prison guard is not cruel and unusual punishment within s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon and de Grandpré JJ.: The effect of s. 2(b) of the *Bill of Rights* must be considered in the light of s. 1. The declaration of the right of the individual not to be deprived of life which is contained in s. 1(a) is clearly qualified by the words "except by due process of law", which appear to contemplate a process whereby an individual *may* be deprived of life. At the time when the *Bill of Rights* was enacted there did not exist and had never existed in Canada the right not to be deprived of life in the case of an individual who had been convicted of "murder punishable by death" by the duly recorded verdict of a properly instructed jury; the "existing right" guaranteed by s. 1(a) can only relate to individuals who have not undergone the process of such a trial and conviction.

Accepting the proposition that s. 2 did not create new rights, it cannot be that Parliament intended to create anew the absolute right not to be deprived of life under any circumstances by providing that no law of Canada was to be applied so as "to impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment". If so construed the section would prevent the infringement of a right which had never existed and would thus run contrary to the purpose for which it was enacted.

The fact that Parliament has on three occasions since the enactment of the *Bill of Rights* seen fit to retain the death penalty as part of the *Criminal Code* constitutes strong evidence that it had never intended that the word "punishment" as employed in s. 2(b) should preclude punishment by death in the case of an individual who has been duly convicted of murder. If it were otherwise

le sens de chacun d'eux doit s'appliquer au cas en litige pour que cette disposition ait quelque effet sur la législation contestée. Il s'agit plutôt de termes qui se complètent et qui, interprétés l'un par l'autre, doivent être considérés comme la formulation concise d'une norme.

Les appelants soulèvent les quatre moyens suivants pour contester la peine de mort: (1) c'est une peine exceptionnellement sévère et elle est en conséquence inhumaine et dégradante; (2) elle est imposée de façon arbitraire; (3) une grande partie de la population la considère inacceptable et (4) elle est excessive puisqu'on ne peut établir qu'elle a un effet plus dissuasif que des peines moins «définitives» qui seraient imposées pour les meurtres. Les deuxième et troisième moyens sont irrecevables, et les moyens (1) et (4) doivent être rejetés. L'imposition de la peine de mort pour le meurtre d'un policier ou d'un gardien de prison n'est pas une peine cruelle et inusitée au sens du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon et de Grandpré: L'effet du par. 2b) de la *Déclaration des droits* doit être examiné à la lumière de l'art. 1. La déclaration du droit de l'individu de ne pas être privé de la vie au par. 1a), est nettement restreinte par l'expression «[sauf] par l'application régulière de la loi» et cette expression semble envisager une procédure par laquelle un individu peut être privé de la vie. A l'époque de l'adoption de la *Déclaration des droits*, le droit de l'individu de ne pas être privé de la vie, après une condamnation pour «meurtre punissable de mort», en conformité d'un verdict dûment prononcé par un jury ayant reçu des directives appropriées, n'existait pas et n'avait jamais existé au Canada; le «droit existant» garanti au par. 1a) ne peut viser que les individus condamnés sans procès régulier.

Si l'on admet que l'art. 2 n'a pas créé de nouveaux droits, il faut conclure que le Parlement n'avait pas l'intention de créer le droit absolu de ne pas être privé de la vie, quelles que soient les circonstances, lorsqu'il a édicté que nulle loi du Parlement ne devait s'appliquer comme «infligeant des peines ou traitements cruels ou inusités, ou comme en autorisant l'imposition». Interprété de la sorte, l'article empêcherait la transgression d'un droit qui n'a jamais existé et aurait ainsi un effet contraire à son but.

Le fait que le Parlement ait jugé à propos, à trois reprises depuis la promulgation de la *Déclaration des droits*, de maintenir la peine de mort dans le *Code criminel* indique clairement qu'il n'avait jamais eu l'intention, en employant le mot «peine», au par. 2b), de rendre impossible l'imposition de la peine de mort dans le cas d'un individu régulièrement déclaré coupable de

it would mean in light of s. 5(2) that the provisions for punishment by death contained in the amendments had been rendered inoperative in advance of their enactment. That proposition could not be accepted.

Accordingly, the "cruel and unusual treatment or punishment" referred to in s. 2(b) of the *Bill of Rights* does not include punishment by death for murder and it was neither the intention nor the effect of that section to render inoperative the death penalty provisions of the *Criminal Code*.

The words "cruel and unusual" as they are employed in s. 2(b) are to be read conjunctively and refer to "treatment or punishment" which is both cruel and unusual. The death penalty for murder cannot be said to be unusual punishment in the ordinary accepted meaning of that word.

Per Beetz J.: It was unnecessary, for the purpose of this case, to decide whether or not s. 2 of the *Bill of Rights* creates new rights or is subordinate to s. 1. However, as stated by Ritchie J., s. 1 throws some light on s. 2, and the words "cruel and unusual" in s. 2(b) are to be read conjunctively and refer to "treatment or punishment" which is both cruel and unusual and punishment by death for murder is not contrary to s. 2(b).

[*Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574; *A.-G. of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *R. v. Burnshine*, [1975] S.C.R. 693; *A.-G. of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170; *Runyowa v. The Queen*, [1966] 1 All E.R. 633; *Furman v. Georgia* (1972), 408 U.S. 238; *Gregg v. Georgia* (1976), 44 U.S. LW 5230; *Woodson and Waxton v. North Carolina* (1976), 44 U.S. LW 5267; *Jurek v. Texas* (1976), 44 U.S. LW 5262; *Roberts v. Louisiana* (1976), 44 U.S. LW 5281, referred to.]

Criminal law — Joint charge — Failure of defence by one accused of abandonment of intention to associate himself with criminal purpose before crime committed — Errors alleged in conduct of trial — No substantial wrong or miscarriage of justice — Application of s. 613(1)(b)(iii) of Criminal Code.

[*R. v. Whitehouse*, [1941] 1 W.W.R. 112; *R. v. Côté*, [1964] S.C.R. 358; *R. v. Black*, [1966] 1 O.R. 683; *Brooks v. The King*, [1927] S.C.R. 633; *Ambrose v. The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 97, referred to.]

meurtre. S'il en était autrement, cela signifierait, compte tenu du par. 5(2), que les dispositions des modifications prévoyant la peine de mort étaient inopérantes avant même leur entrée en vigueur. On ne peut souscrire à cette thèse.

En conséquence, les «peines ou traitements cruels et inusités» mentionnés au par. 2b) de la *Déclaration des droits* n'incluent pas la peine de mort et ce paragraphe ne vise pas à rendre inopérantes les dispositions du *Code criminel* prévoyant la peine de mort et il n'a pas cet effet.

Les adjectifs «cruels et inusités» au par. 2b) doivent être pris conjunctivement et se rapportent aux «peines ou traitements» qui sont à la fois cruels et inusités. On ne peut prétendre que la peine de mort pour meurtre constitue une peine «inusitée» au sens ordinaire de ce terme.

Le juge Beetz: Il n'est pas nécessaire, aux fins de ce pourvoi, de se prononcer sur la question de savoir si l'art. 2 de la *Déclaration des droits* crée de nouveaux droits, ni sur la question de savoir si l'art. 1 doit prévaloir. Cependant, comme l'a dit le juge Ritchie, l'art. 1 jette de la lumière sur l'art. 2 et les mots «cruels et inusités» au par. 2b) doivent être pris en conjonction et qualifient les mots «traitement ou peine» qui sont à la fois cruels et inusités et la peine de mort pour meurtre n'enfreint pas le par. 2b).

[Arrêts mentionnés: *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *P.G. du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *R. c. Burnshine*, [1975] R.C.S. 693; *P.G. du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; *Runyowa c. La Reine*, [1966] 1 All E.R. 633; *Furman v. Georgia* (1972), 408 U.S. 238; *Gregg v. Georgia* (1976), 44 U.S. LW 5230; *Woodson and Waxton v. North Carolina* (1976), 44 U.S. LW 5267; *Jurek v. Texas* (1976), 44 U.S. LW 5262; *Roberts v. Louisiana* (1976), 44 U.S. LW 5281.]

Droit criminel — Accusation conjointe — Un des accusés n'a pas réussi à établir qu'il avait effectivement abandonné l'intention de participer à la réalisation de la fin criminelle avant la perpétration du crime — Prétendues erreurs dans la conduite du procès — Aucun tort important ou aucune erreur judiciaire — Application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du Code criminel.

[Arrêts mentionnés: *R. v. Whitehouse*, [1941] 1 W.W.R. 112; *R. c. Côté*, [1964] R.C.S. 358; *R. v. Black*, [1966] 1 O.R. 683; *Brooks c. Le Roi*, [1927] R.C.S. 633; *Ambrose c. La Reine* (1976), 30 C.C.C. (2d) 97.]

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, dismissing the appeals of the appellants from their conviction on a joint charge of unlawfully committing "murder punishable by death". Appeals dismissed.

T. L. Robertson, for the appellant, John Harvey Miller.

J. Wood and *J. B. Clarke*, for the appellant, Vincent John Roger Cockriell.

F. J. Rowan and *H. Foster*, for the respondent.

E. L. Greenspan, for the intervenant, Canadian Civil Liberties Association.

W. G. Burke-Robertson, Q.C., for the intervenant, Attorney General of Newfoundland.

The judgment of Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This Court is confronted for the first time with a contention that the death penalty, mandatorily imposed in this case on the two appellants upon their conviction of the murder of a policeman, is cruel and unusual punishment within s. 2 (b) of the *Canadian Bill of Rights* and that, consequently, s. 218 (1) of the *Criminal Code*, which prescribes that punishment, must yield to the overriding provisions of s. 2 (b). If the appellants should succeed in their contention, the result would be that capital murder, that is murder for which the punishment is death, could not be retained or included as part of Canadian criminal law so long as s. 2 (b) of the *Canadian Bill of Rights* was applicable; and we would and could have only non-capital murder, punishable now by life imprisonment as a mandatory penalty.

It is mere coincidence that on the very day on which the hearing of this appeal commenced the House of Commons gave second reading to a bill to abolish capital punishment. The bill was subsequently passed into law; and although the result is that the two accused, if their convictions are upheld by the rejection of all grounds of appeal urged against them, will not be liable to execution,

¹ [1975] 6 W.W.R. 1, 63 D.L.R. (3d) 193, 33 C.R.N.S. 129, 24 C.C.C. (2d) 401.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, rejetant les appels interjetés par les appelants de leur déclaration de culpabilité sur l'accusation conjointe d'avoir illégalement commis un «meurtre punissable de mort». Pourvois rejetés.

T. L. Robertson, pour l'appelant, John Harvey Miller.

J. Wood et *J. B. Clarke*, pour l'appelant, Vincent John Roger Cockriell.

F. J. Rowan et *H. Foster*, pour l'intimée.

E. L. Greenspan, pour l'intervenante, Canadian Civil Liberties Association.

W. G. Burke-Robertson, c.r., pour l'intervenant, le procureur général de Terre-Neuve.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence et Dickson a été prononcé par

LE JUGE EN CHEF—On allègue pour la première fois devant cette Cour que la peine de mort, imposée de façon impérative aux deux appelants condamnés pour le meurtre d'un policier, constitue une peine cruelle et inusitée au sens du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* et qu'en conséquence ce paragraphe doit prévaloir sur le par. 218(1) du *Code criminel*, qui prévoit cette peine, et le rendre ainsi inopérant. Si les appelants ont gain de cause, le meurtre qualifié punissable de mort ne pourra donc plus faire partie du droit pénal canadien tant que le par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* sera en vigueur; il ne restera alors que le meurtre non qualifié punissable, de façon impérative, d'emprisonnement à perpétuité.

C'est par pure coïncidence que le jour même du début de l'audition de ce pourvoi, la Chambre des communes a passé en deuxième lecture un projet de loi sur l'abolition de la peine de mort et l'a par la suite adopté; en conséquence même si les déclarations de culpabilité des accusés sont maintenues après rejet de tous les moyens d'appel, ils ne pourront pas être exécutés. Cela n'empêche toute-

¹ [1975] 6 W.W.R. 1, 63 D.L.R. (3d) 193, 33 C.R.N.S. 129, 24 C.C.C. (2d) 401.

that does not foreclose this Court from considering the question whether the *Canadian Bill of Rights* precludes the operation of federal legislation making it mandatory to sentence to death a person or persons convicted of killing policemen or prison guards acting in the course of their duties, as provided by ss. 214 (2) and 218 (1) of the *Criminal Code*, provisions which have now been superseded by amending legislation. I have nothing to add to what my brother Ritchie has said about the effect of the abolition legislation on the position of the two appellants.

We are not concerned here with the method of execution, which in this country has been by hanging, no argument having been addressed to it; nor are we concerned directly with whether the sentences herein would have been carried out or would have been commuted, as have other death sentences for more than the past decade. The issue is whether federal legislation may authorize the imposition of the penalty of death for the murder of policemen or prison guards in the face of the proscription of the *Canadian Bill of Rights* against "the imposition of cruel and unusual treatment or punishment". It is patent to me that if such a penalty cannot properly be authorized and imposed (that is, in the absence of a parliamentary declaration in avoidance of the application of the *Canadian Bill of Rights*) for the murder of policemen and prison guards, I am unable to appreciate how it can be authorized and imposed in respect of the murder of anyone else, whatever the status or position of that person.

I have had the advantage of seeing the reasons prepared by my brother Ritchie in which he takes a view of s. 1 of the *Canadian Bill of Rights* that subordinates s. 2 to that opening declaratory section, with the result (having regard to the provisions enacted by Parliament touching culpable homicide since the enactment of the *Canadian Bill of Rights* in 1960) that he finds that the word "punishment" could not have been intended to exclude the penalty of death for murder.

My approach is different, although I come to the same conclusion as does my brother Ritchie that it is not offensive to s. 2 (b) of the *Canadian Bill of Rights* to prescribe the death penalty as a

fois pas la Cour de se prononcer sur la question de savoir si la *Déclaration canadienne des droits* rend inopérante une loi fédérale imposant la peine de mort à des personnes déclarées coupables de meurtre d'un policier ou d'un gardien de prison dans l'exercice de ses fonctions, aux termes des par. 214(2) et 218(1) du *Code criminel*, maintenant abrogés par le texte modificatif. Je n'ai rien à ajouter à ce qu'a dit mon collègue le juge Ritchie sur l'effet de l'abolition de la peine de mort à l'égard des deux appelants.

Nous n'avons pas à envisager ici la question de la méthode d'exécution, en l'occurrence la pendaison, car les plaidoiries n'ont pas traité de ce point; nous ne nous demanderons pas non plus si les sentences prononcées en l'espèce auraient été exécutées ou commuées comme l'ont été toutes les peines de mort depuis plus de 10 ans. Il s'agit en fait de déterminer si une loi fédérale peut autoriser l'imposition de la peine de mort dans les cas de meurtres de policiers ou de gardiens de prison, sans enfreindre la *Déclaration canadienne des droits* qui prohibe l'imposition de «peines ou traitements cruels et inusités». Il est à mon avis évident que si une telle peine ne peut être valablement autorisée et imposée (en l'absence d'une déclaration du Parlement écartant la *Déclaration canadienne des droits*), dans le cas de meurtres de policiers et de gardiens de prison, je ne vois pas comment elle pourrait l'être pour le meurtre d'une autre personne quel que soit son état ou sa situation.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue le juge Ritchie. Il considère que l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* assujetti l'art. 2 à cette disposition introductive et estime (compte tenu des dispositions relatives à l'homicide coupable adoptées par le Parlement depuis la promulgation de la *Déclaration canadienne des droits* en 1960) que le mot «peine» ne peut viser à exclure la peine de mort dans le cas de meurtre.

Comme mon collègue le juge Ritchie, je conclus que l'imposition de la peine de mort dans le cas de meurtre d'un policier ou d'un gardien de prison

punishment to be mandatorily imposed for the murder of a policeman or prison guard.

Section 5(2) of the *Canadian Bill of Rights* provides for its application to federal law, whether enacted before or after the effective date of the *Canadian Bill of Rights*, and this Court has acted on this provision to test the operative effect of federal legislation in the face of the *Canadian Bill of Rights* although enacted subsequent to it: see, for example, *Brownridge v. The Queen*²; and *cf. Curr v. The Queen*³, at p. 893. What is more, it seems to me that the *Canadian Bill of Rights* cannot be governed in its interpretation and application by the course of parliamentary legislation, especially post-*Canadian Bill of Rights* legislation. It is rather that the legislation of Parliament falls to be tested as to its operative effect by what the *Canadian Bill of Rights* prescribes; otherwise, the *Canadian Bill of Rights* becomes merely an interpretation statute, yielding to a contrary intention in legislation measured against it. This Court rejected such an approach in its majority judgment in the *Drybones*⁴ case, and it reaffirmed its rejection of that approach in both the majority and minority judgments in *Hogan v. The Queen*⁵.

Although this moves the problem of the application of the *Canadian Bill of Rights* to a common plane, it by no means determines the scope of its application, nor its force in particular cases. Such decisions of this Court as *Attorney-General of Canada v. Lavell*⁶; *R. v. Burnshine*⁷, and *Attorney-General of Canada v. Canard*⁸, show this in no uncertain fashion.

I take the same view here as I expressed in the majority judgment of this Court in *Curr v. The Queen*⁹, at p. 896, that is, that it is s. 2 of the *Canadian Bill of Rights* which gives force to s. 1

² [1972] S.C.R. 926.

³ [1972] S.C.R. 889.

⁴ [1970] S.C.R. 282.

⁵ [1975] 2 S.C.R. 574.

⁶ [1974] S.C.R. 1349.

⁷ [1975] S.C.R. 693.

⁸ [1976] 1 S.C.R. 170.

⁹ [1972] S.C.R. 889.

n'enfreint pas le par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, mais mon raisonnement diffère.

Aux termes de son par. 5(2), la *Déclaration canadienne des droits* s'applique à la législation fédérale édictée avant ou après son entrée en vigueur et cette Cour s'est fondée sur cette disposition pour déterminer l'applicabilité de lois fédérales contestées, eu égard à la *Déclaration canadienne des droits*, même si elles avaient été édictées après son entrée en vigueur: voir par exemple, *Brownridge c. La Reine*²; *cf. Curr c. La Reine*³, à la p. 893. En outre, je suis d'avis que l'interprétation et l'application de la *Déclaration canadienne des droits* ne peuvent dépendre de l'évolution de la législation et surtout pas des lois adoptées après la *Déclaration canadienne des droits*. En fait, c'est l'effet des lois du Parlement qui doit être analysé au vu des dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*; autrement, cette dernière ne constituerait qu'une simple loi d'interprétation et resterait inopérante devant une loi à l'effet contraire. La Cour a rejeté un tel raisonnement dans son jugement rendu à la majorité dans *Drybones*⁴, et tant la majorité de la Cour que les juges en dissidence l'ont de nouveau rejeté dans *Hogan c. La Reine*⁵.

La Cour a ainsi ramené le problème de l'application de la *Déclaration canadienne des droits* à un dénominateur commun, sans pour autant avoir défini son champ d'application ni son effet dans certains cas particuliers. Les jugements de cette Cour dans *Le Procureur général du Canada c. Lavell*⁶, *R. c. Burnshine*⁷, et *Le Procureur général du Canada c. Canard*⁸, le démontrent de façon évidente.

Je maintiens l'opinion que j'ai exprimée dans le jugement rendu à la majorité par cette Cour dans *Curr c. La Reine*⁹, à la p. 896: c'est l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* qui donne toute

² [1972] R.C.S. 926.

³ [1972] R.C.S. 889.

⁴ [1970] R.C.S. 282.

⁵ [1975] 2 R.C.S. 574.

⁶ [1974] R.C.S. 1349.

⁷ [1975] R.C.S. 693.

⁸ [1976] 1 R.C.S. 170.

⁹ [1972] R.C.S. 889.

and hence, especially since the prescriptions of s. 2 are stated to be effective "in particular", I would not diminish their import by reference to what is more generally prescribed in s. 1. I turn, therefore, to a consideration of s. 2 (b) in its own terms as providing that "no law of Canada shall be construed or applied so as to impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment".

In the original draft bill, introduced in 1958 and superseded by a revised draft in 1960 (after being left for public examination for more than a year), the forerunner of s. 2(b) was a reproduction of s. 4(2) of the *Universal Declaration of Human Rights* which forbids "the imposition of torture, or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment". A similar provision was found in the constitution of Southern Rhodesia of 1961 and was the subject of consideration by the Privy Council in *Runyowa v. Reginam*¹⁰, on appeal from a judgment of the Federal Supreme Court of the then Federation of Rhodesia and Nyasaland. The Privy Council was of the opinion that the formulation in the then Southern Rhodesian Constitution was manifestly different from the "cruel and unusual punishment" provisions of the American Constitution and that, accordingly, American decisions, to which the Privy Council was referred, although helpful, were not directly enough in point in respect of the different conceptions involved in the Southern Rhodesian provisions.

In the particular case, the Judicial Committee, affirming the Federal Supreme Court, concluded that the mandatory death penalty imposed upon a person convicted of complicity in arson did not offend the Constitution, having regard particularly to a qualifying provision that "nothing . . . done under the authority of any written law shall be held to be . . . in contravention of this section [forbidding torture or inhuman or degrading punishment or other treatment] to the extent that the law in question authorizes the doing of anything by way of punishment or other treatment which might lawfully have been so done in Southern Rhodesia immediately before the appointed day". It is obvious that this decision, having regard to its

¹⁰ [1966] 1 All E.R. 633.

sa force à l'art. 1 et, en conséquence, puisque l'art. 2 précise que ses dispositions s'appliquent «en particulier», je ne diminuerai pas leur portée en les interprétant en fonction des dispositions plus générales de l'art. 1. Je vais donc étudier le libellé du par. 2b) selon lequel «nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition».

Dans l'avant-projet de loi initial, présenté en 1958 et remplacé par un projet modifié en 1960, (après avoir été soumis au public pendant plus d'un an), le par. 2b) reprenait les termes du par. 4(2) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* qui dispose que «nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants». La Constitution de 1961 de la Rhodésie du sud contient une disposition semblable qui a été examinée par le Conseil privé dans *Runyowa v. Reginam*¹⁰, en appel d'un jugement de la Cour suprême fédérale de l'ancienne fédération de la Rhodésie et du Nyassaland. Le Conseil privé a jugé que le libellé de la Constitution de l'ancienne Rhodésie du sud était foncièrement différent des dispositions relatives aux «peines cruelles et inusitées» dans la Constitution américaine et qu'en conséquence, la jurisprudence américaine invoquée devant le Conseil privé, tout en étant utile, n'était pas vraiment pertinente puisque la Constitution de la Rhodésie du sud reposait sur des concepts différents.

Dans cette affaire, le Comité judiciaire, confirmant l'arrêt de la Cour suprême fédérale de la Rhodésie, a conclu que les dispositions imposant obligatoirement la peine de mort à toute personne déclarée coupable de complicité avec un incendiaire, n'enfreignaient pas la Constitution, puisque celle-ci prévoyait expressément que [TRADUCTION] «tout acte . . . accompli sous l'autorité d'une loi écrite sera réputé . . . fait en conformité de cette partie [qui interdit la torture, les peines et autres traitements inhumains et dégradants] si la loi en cause autorise l'imposition d'une peine ou d'un traitement qui était légal en Rhodésie du sud immédiatement avant la date d'entrée en vigueur de la loi». Il est évident que cette décision, vu le

¹⁰ [1966] 1 All E.R. 633.

foundation, can be of no assistance in the present case.

In its present formulation, s. 2(b) is in the language of the *English Bill of Rights* of 1688 and of the eighth amendment to the American Constitution. Although the words have application to methods of punishment, whether the punishment be death or not, and there are indications that this was what they were aimed at when originally adopted in England and in the United States, they cannot reasonably be limited to methods, which at one time in history included decapitation, disembowelling and drawing and quartering. It would be patent to me, for example, that death as a mandatory penalty today for theft would be offensive to s. 2(b). That is because there are social and moral considerations that enter into the scope and application of s. 2(b). Harshness of punishment and its severity in consequences are relative to the offence involved but, that being said, there may still be a question (to which history too may be called in aid of its resolution) whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency. This is not a precise formula for s. 2(b), but I doubt whether a more precise one can be found.

Two main submissions were made by the appellants and by the intervenor Canadian Civil Liberties Association on the proper approach to the words "cruel and unusual punishment". They supported the view expressed by McIntyre J.A. in dissent that the words should be treated disjunctively, a construction which would strengthen their sterilizing effect upon s. 218(1) and allied provisions of the *Criminal Code*. However, in the course of the oral argument, counsel for the appellants stated that they would not insist on a disjunctive interpretation, in effect abandoning that point.

McIntyre J.A., in stating that the words should be given a disjunctive meaning, invoked American judicial decisions and academic writings on those decisions to support that view. Robertson J.A., who spoke for the other four members of the five judge Court assumed for the sake of argument (as he said) that hanging is cruel punishment, and then proceeded to consider whether death as pun-

texte sur lequel elle se fonde, ne peut être d'aucune utilité en l'espèce.

Le paragraphe 2b) actuel reprend le libellé du *Bill of Rights* anglais de 1688 et du huitième amendement de la Constitution américaine. Même si ces textes se rapportent aux méthodes d'exécution, qu'il s'agisse de peine de mort ou non, et l'on peut penser que c'était effectivement le but visé lors de leur adoption initiale en Angleterre et aux États-Unis, ils ne peuvent s'appliquer uniquement aux méthodes d'exécution qui autrefois comprenaient la décapitation, l'éventration et l'écartèlement. Il est à mon sens évident que si de nos jours, on imposait obligatoirement la peine de mort dans les cas de vol, ce serait contraire aux dispositions du par. 2b), en raison des considérations morales et sociales qui influencent la portée et l'application de ce paragraphe. La dureté d'une peine et la sévérité de ses conséquences sont fonction de l'infraction commise. Ceci dit, on peut encore se demander (et, à ce sujet, l'histoire peut nous être de quelque utilité) si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine. Ce n'est pas une définition bien précise du par. 2b), mais je doute que l'on puisse faire mieux.

Les appelants et l'intervenante, la Canadian Civil Liberties Association, ont avancé deux arguments principaux à l'égard de l'interprétation des mots «peines cruelles et inusitées». Ils appuient l'opinion dissidente du juge McIntyre selon laquelle ces mots devraient être pris séparément; une telle interprétation renforcerait leur effet neutralisant sur le par. 218(1) et les dispositions connexes du *Code criminel*. Cependant, au cours des plaidoiries, les avocats des appelants ont déclaré qu'ils n'insisteraient pas sur l'interprétation disjunctive des dispositions et ils n'ont pas plaidé ce point.

Pour appuyer son interprétation disjunctive de ces mots, le juge McIntyre a eu recours à la jurisprudence américaine et aux commentaires s'y rapportant. Quant au juge Robertson, qui a rendu le jugement au nom des quatre autres juges d'une formation de cinq juges, il a d'abord présumé aux fins de la discussion que la pendaison constituait une peine cruelle et s'est ensuite

ishment for murder was “unusual”. He concluded, having regard to the fact that death was the punishment for murder in England from time immemorial and that it was known in Canada before Confederation and had been continuously prescribed since then, that it could not be considered “unusual” within s. 2(b), notwithstanding the consistent practice of commutation by the federal Cabinet since 1962. It is clear that Robertson J.A. looked upon the key words of s. 2(b) as being conjunctive. Earlier in his reasons on the effect of the *Canadian Bill of Rights* he concluded that because of differences in methods of interpretation and in permissible resort to extrinsic material in the construction of the American Constitution and of the Canadian statutory *Bill of Rights*, he did not find American decisions relevant.

At the time that he wrote, the leading American decision was *Furman v. Georgia*¹¹, and indeed this was still the leading decision at the time that this Court heard the present appeal. Shortly after the hearing, a number of other judgments on the question of the compatibility of the death penalty with the eighth (and through it with the fourteenth) amendment were handed down by the Supreme Court of the United States, among them *Gregg v. Georgia*¹² and *Woodson and Waxton v. North Carolina*¹³. There were three companion cases to these two, of which I would mention *Jurek v. Texas*¹⁴ and *Roberts v. Louisiana*¹⁵, principally because of the dissenting reasons of White J. in this last-mentioned case.

The various judgments in the Supreme Court of the United States, which I would not discount as being irrelevant here, do lend support to the view that “cruel and unusual” are not treated there as conjunctive in the sense of requiring a rigidly separate assessment of each word, each of whose meanings must be met before they become effective against challenged legislation, but rather as

demandé si la peine de mort imposée dans le cas d’un meurtre était «inusitée». Il a conclu que puisque la peine de mort pour meurtre existait en Angleterre depuis des temps immémoriaux et qu’elle existait au Canada avant la Confédération et qu’elle n’a cessé de faire partie de notre droit depuis, elle ne pouvait pas être considérée comme «inusitée» au sens du par. 2b), et ce, nonobstant la pratique constante du Cabinet depuis 1962 de commuer les peines. Le juge Robertson a de toute évidence considéré les mots clé du paragraphe comme conjunctifs. Quant à l’effet de la *Déclaration canadienne des droits*, il avait précédemment conclu dans ses motifs qu’il existe de telles différences, tant dans les méthodes d’interprétation que dans le recours possible à des documents extrinsèques, pour interpréter la Constitution américaine et le texte législatif de la *Déclaration canadienne des droits*, que la jurisprudence américaine n’est pas pertinente.

A l’époque où il écrivait, l’arrêt américain faisant autorité était *Furman v. Georgia*¹¹, et c’était toujours le cas lorsque la Cour a entendu le présent pourvoi. Peu de temps après l’audition en l’espèce, la Cour suprême des États-Unis a rendu plusieurs arrêts relatifs à la compatibilité de la peine de mort avec le huitième amendement (et, par voie de conséquence, avec le quatorzième); je mentionne à ce titre *Gregg v. Georgia*¹² et *Woodson and Waxton v. North Carolina*¹³. Ces deux arrêts étaient accompagnés de trois autres, en particulier *Jurek v. Texas*¹⁴ et *Roberts v. Louisiana*¹⁵; je retiens ce dernier à cause des motifs en dissidence du juge White.

Ces jugements de la Cour suprême des États-Unis, que je considère au moins devoir être pris en considération, appuient l’opinion que les mots «cruel et inusité» ne doivent pas être considérés comme conjunctifs, en ce sens qu’il faudrait faire une analyse rigoureusement autonome de chaque mot et que le sens de chacun d’eux doit s’appliquer au cas en litige pour que cette disposition ait

¹¹ (1972), 408 U.S. 238.

¹² (1976), 44 U.S. LW 5230.

¹³ (1976), 44 U.S. LW 5267.

¹⁴ (1976), 44 U.S. LW 5262.

¹⁵ (1976), 44 U.S. LW 5281.

¹¹ (1972), 408 U.S. 238.

¹² (1976), 44 U.S. LW 5230.

¹³ (1976), 44 U.S. LW 5267.

¹⁴ (1976), 44 U.S. LW 5262.

¹⁵ (1976), 44 U.S. LW 5281.

interacting expressions colouring each other, so to speak, and hence to be considered together as a compendious expression of a norm. I think this to be a reasonable appraisal, in line with the duty of the Court not to whittle down the protections of the *Canadian Bill of Rights* by a narrow construction of what is a quasi-constitutional document.

Since we are concerned here with a situation where the death penalty is mandatory, I need not embark on any consideration of questions of uneven application of authorized punishments or questions of discretionary, arbitrary or capricious application of the death penalty. It cannot be argued that arbitrariness or capriciousness resides in the limitation of the death penalty to the murder of policemen and prison guards, persons who are specially entrusted with the enforcement of the criminal law and with the custody and supervision of convicted persons. The progressive restriction of the situations in which the death penalty could be imposed in this country (prior to its recent abolition for civil as opposed to military offences, with which we are not here concerned), does not point to an erratic imposition when it was mandatory in the narrow classes of cases for which it was authorized.

In *Furman v. Georgia*, only two members of the Supreme Court of the United States, Brennan and Marshall JJ., were of the opinion that the death penalty was *per se* unconstitutional, and they adhered to this view in the two recent cases of *Gregg v. Georgia* and *Woodson and Waxton v. North Carolina*. The other three members of the Court, who with Justices Brennan and Marshall formed the majority in the five to four *Furman* decision, based themselves on the view that there was a broad discretion given to the jury as the sentencing tribunal to impose the death penalty or not for several crimes (which varied as among different states), and this discretion, not clearly guided by legislative direction, resulted in discriminatory and wanton and even freakish sentencing which was, moreover, so infrequent in relation to the number of cases in which it could have been

quelque effet sur la législation contestée. Il s'agit plutôt de termes qui se complètent et qui, interprétés l'un par l'autre, doivent être considérés comme la formulation concise d'une norme. C'est à mon avis une interprétation raisonnable conforme au devoir de la Cour de ne pas diminuer la protection offerte par la *Déclaration canadienne des droits* en interprétant de façon restrictive ce document quasi constitutionnel.

Puisque la peine de mort est obligatoire dans le cas qui nous occupe, je ne mentionnerai pas la question de l'application inégale des peines autorisées, ni la question de l'application discrétionnaire, arbitraire ou inconséquente de la peine de mort. On ne peut dire que la limitation de la peine de mort aux seuls meurtres de policiers et de gardiens de prison, personnes précisément chargées de faire respecter le droit pénal et préposées à la garde et à la surveillance des condamnés, est arbitraire ou inconséquente. La diminution graduelle des cas dans lesquels la peine de mort pouvait être imposée dans notre pays (jusqu'à sa récente abolition pour les infractions civiles, par opposition aux infractions militaires dont il n'est pas question en l'espèce), ne fait pas ressortir que lorsqu'elle était obligatoire pour les infractions relevant de catégories restreintes, elle était imposée de façon désordonnée.

Dans *Furman v. Georgia*, deux membres seulement de la Cour suprême des États-Unis, les juges Brennan et Marshall, étaient d'avis que la peine de mort était intrinsèquement inconstitutionnelle et ils ont maintenu leur opinion dans *Gregg v. Georgia* et dans *Woodson and Waxton v. North Carolina*. Les trois autres membres de la Cour qui ont formé la majorité avec les juges Brennan et Marshall dans *Furman*, arrêt rendu à cinq contre quatre, se sont fondés sur l'opinion que le jury, en tant que tribunal prononçant la sentence, dispose d'un grand pouvoir discrétionnaire pour décider d'imposer ou non la peine de mort pour certains crimes (ce qui varie selon les États). Ce pouvoir discrétionnaire, ont-ils souligné, qui n'est pas guidé par des directives législatives, donne lieu à des sentences discriminatoires, inconséquentes et même surprenantes et à des condamnations telle-

imposed as to make any particular death sentence cruel and unusual.

I pause here to draw attention to two important differences, relevant in this case, between Canadian and American criminal law. First, there is one *Criminal Code* for the whole of Canada; the criminal law is within exclusive federal jurisdiction, unlike the case in the United States where it is, in general, within state jurisdiction and hence varies from state to state. Second, there is no provision in Canadian criminal law for sentencing by juries. It appears to me that the reproach of arbitrariness and capriciousness in sentencing, which was considered in the *Furman* case, embraced also an issue of equality before the law when related to the alleged randomness of jury practices in dealing with the death penalty. Even so, four members of the Court in the *Furman* case were of the opinion that the death penalty was not cruel and unusual punishment, although wide discretionary authority was vested in juries to impose it.

In its recent judgment in *Gregg v. Georgia*, the Supreme Court of the United States not only dealt with the question whether the death penalty is *per se* unconstitutional, and determined, with only Justices Brennan and Marshall dissenting on this point, that it was not, but it also dealt with the validity of new Georgia legislation designed to overcome the infirmities that were present in the legislation reviewed in the *Furman* case. On this point too the Court was of opinion, the two dissents being *a fortiori* on the matter, that Georgia's new scheme had adequate standards for the jury as sentencing tribunal, especially when its determinations were subject to scrutiny and review by the Georgia Supreme Court as to whether, *inter alia*, a death sentence was excessive or disproportionate as compared with the disposition of similar cases, having regard to the crime and to the accused.

It was on the *per se* position of Justice Brennan that the appellants in the present case particularly relied and, no doubt, they would have invoked the majority judgment of the Supreme Court of the United States in *Woodson and Waxton v. North*

ment rares par rapport au nombre de cas où elles auraient pu être imposées, qu'elles rendent la peine de mort cruelle et inusitée.

Je m'arrête pour souligner deux différences importantes, et pertinentes en l'espèce, entre le droit pénal canadien et américain. Premièrement, il existe un seul *Code criminel* applicable à tout le Canada; à la différence du droit pénal américain, qui relève des États et varie de l'un à l'autre, le droit pénal canadien relève exclusivement du pouvoir législatif fédéral. Deuxièmement, en droit pénal canadien, les jurés ne prononcent pas les sentences. Il me semble que lorsqu'on s'attaque dans *Furman* au caractère arbitraire des sentences, il s'agit aussi d'égalité devant la loi en raison du manque d'uniformité dans l'imposition des peines de mort par les jurés. Pourtant, en dépit du large pouvoir discrétionnaire dont disposent les jurés pour imposer la peine de mort, quatre des juges de la Cour ont estimé dans *Furman* que la peine de mort ne constituait pas une peine cruelle et inusitée.

Dans son récent arrêt *Gregg v. Georgia*, la Cour suprême des États-Unis a non seulement traité de la question de savoir si la peine de mort était intrinsèquement inconstitutionnelle, concluant, les juges Brennan et Marshall étant dissidents sur ce point, qu'elle ne l'était pas, mais elle a également examiné la validité des nouvelles dispositions législatives adoptées dans l'État de Georgie afin de remédier aux défauts de la législation analysée dans *Furman*. A ce sujet, la Cour était également d'avis, les deux dissidences portant évidemment sur cet aspect du litige, que la nouvelle législation adoptée en Georgie donne aux jurys des lignes directrices adéquates pour l'imposition de sentences, d'autant plus que leur décision est soumise à l'examen et à la révision de la Cour suprême de Georgie, en vue de déterminer notamment si la peine de mort est excessive ou disproportionnée, eu égard aux sentences prononcées dans des affaires semblables, compte tenu du crime et de l'accusé.

Les appelants en l'espèce se sont essentiellement fondés sur la thèse du juge Brennan au sujet de l'inconstitutionnalité intrinsèque de la disposition et il ne fait aucun doute qu'ils auraient invoqué le jugement rendu à la majorité par la Cour suprême

Carolina had it been delivered at the time of their submissions to this Court. I turn, therefore, first to the contentions based on Justice Brennan's views, and I shall deal thereafter with the *Woodson and Waxton* case.

The *per se* argument must, it seems to me, have in view the imposition of the death penalty for the most heinous of offences, and murder is certainly of that class; the *per se* contention is of little validity when addressed to, say, simple assault, because other considerations come into play in such a case in determining whether the death sentence would be cruel and unusual punishment. Approaching the issue on this basis, I note that four grounds of challenge to the death penalty are offered by the appellants and they are, respectively, that (1) the death penalty is unusually severe and hence degrading to human dignity and worth; (2) it is arbitrarily imposed; (3) it is not acceptable to a large segment of the population and (4) it is excessive in that it cannot be shown that it has had any deterrent effect on murder that would not be realized by a punishment that was not so final.

The contention of arbitrary imposition seems odd in a Canadian context when imposition of the penalty is mandatory for capital murder as heretofore defined. I do not, moreover, see any arbitrariness in imposition by reason of Cabinet review to determine whether to exercise the prerogative of mercy, a review which relates to the individual case, although there has been a consistent policy of commutation since 1962. Again, the contention of unacceptability to a large segment of the Canadian population appears to me to be asking this Court to define and apply s. 2(b) by a statistical measure of approval or disapproval of the death penalty. This is not what s. 2(b) prescribes. In my opinion, grounds (2) and (3) are completely without merit.

Ground (4), excessiveness, is posited on an assertion that the death penalty must be cruel and unusual if it cannot be shown to be an effective deterrent to the commission of the offence for

des États-Unis dans *Woodson and Waxton v. North Carolina* s'il avait été rendu avant l'audition de la présente affaire. J'analyserai donc d'abord les prétentions fondées sur l'opinion exprimée par le juge Brennan et puis l'arrêt *Woodson and Waxton*.

L'argument fondé sur l'inconstitutionnalité intrinsèque de la disposition doit, à mon avis, viser l'imposition de la peine de mort pour les infractions les plus odieuses, comme le meurtre; cet argument a peu de valeur dans le cas, par exemple, des voies de fait simples, parce que d'autres facteurs entrent en jeu pour déterminer si dans pareil cas la peine de mort est une condamnation cruelle et inusitée. Compte tenu de tout cela, je remarque que les appelants soulèvent les quatre moyens suivants pour étayer leur thèse: (1) la peine de mort est une peine exceptionnellement sévère et elle est en conséquence inhumaine et dégradante; (2) elle est imposée de façon arbitraire; (3) une grande partie de la population la considère inacceptable, et (4) elle est excessive puisqu'on ne peut établir qu'elle a un effet plus dissuasif que des peines moins «définitives» qui seraient imposées pour les meurtres.

L'argument fondé sur le caractère arbitraire de l'imposition de la peine sonne faux dans le contexte canadien, où l'imposition de la peine est obligatoire en cas de meurtre qualifié, du moins dans sa définition passée. En outre, je ne vois rien d'arbitraire dans l'imposition de la peine à cause de la possibilité de faire un recours en grâce devant le Cabinet qui examine ainsi chaque cas particulier avant de prendre sa décision, bien que depuis 1962 la peine capitale ait constamment été commuée. De plus, l'argument fondé sur le fait qu'une grande partie de la population canadienne considère inacceptable la peine de mort revient, à mon avis, à demander à la Cour de définir et d'appliquer le par. 2b) en fonction de statistiques sur les partisans et les adversaires de la peine capitale. Ce n'est pas ce que prescrit ce paragraphe. Les deuxième et troisième moyens sont donc irrecevables.

Le quatrième moyen, à savoir le caractère excessif de la peine, repose sur l'affirmation que la peine de mort est cruelle et inusitée si l'on ne peut établir qu'elle décourage la perpétration des infractions

which it is prescribed. The same issue is raised in a somewhat different fashion by the Canadian Civil Liberties Association which contended that the death penalty is not a "fit" penalty because the purposes of punishment would be served equally well by lesser punishment; and if it is not a fit penalty, that is some evidence that it is cruel and unusual. Indeed, so the argument runs, such a conclusion is warranted by the severity of the penalty and its affront to human dignity. This last assertion engages ground (1) of the submission of the appellants, although it too is made separately by the Canadian Civil Liberties Association.

The contentions of severity and excessiveness advanced by the appellants and by the intervenor were supported by them by drawing on the reasons of Brennan J. in the *Furman* case who took as his guiding principle that "a punishment must not be so severe as to be degrading to the dignity of human beings" and, further, that the fundamental premise of the constitutional prohibition against cruel and unusual punishments is that "even the vilest criminal remains a human being possessed of common human dignity". The appellants and the intervenor pointed to the preamble of the *Canadian Bill of Rights* in its reference to "the dignity and worth of the human being" as reflecting this same sentiment.

On the aforementioned principle, Justice Brennan propounded a cumulative test, which represented the arguments addressed to this Court by the appellants and the intervenor, and it was in these words:

If a punishment is unusually severe, if there is a strong probability that it is inflicted arbitrarily, if it is substantially rejected by contemporary society, and if there is no reason to believe that it serves any penal purpose more effectively than some less severe punishment, then the continued infliction of that punishment violates the command of the Clause that the State may not inflict inhuman and uncivilized punishments upon those convicted of crimes.

The appellants did not advance their submissions as being necessarily cumulative, but I take from their contentions that if severity and excessiveness (as they conceived them) were established, that

qu'elle punit. La Canadian Civil Liberties Association a repris cette thèse sous un autre angle. Elle prétend que la peine de mort ne constitue pas une peine «appropriée», parce que le but du châtement lui-même serait atteint tout aussi bien par une sentence moins sévère; si la peine n'est pas appropriée, cela indiquerait qu'elle est cruelle et inusitée. En fait, toujours selon ce raisonnement, cette conclusion se justifie par la sévérité d'une peine qui en outre fait outrage à la dignité humaine. Cette dernière affirmation correspond au premier moyen invoqué par les appelants, bien qu'elle soit avancée séparément par la Canadian Civil Liberties Association.

A l'appui de leurs prétentions relatives à la sévérité et au caractère excessif de la peine, les appelants et l'intervenante ont invoqué certains extraits des motifs du juge Brennan dans *Furman*, qui avait retenu le critère suivant: [TRADUCTION] «une peine ne doit pas être sévère au point de porter atteinte à la dignité humaine» et a ajouté que la Constitution prohibe les peines cruelles et inusitées en raison du principe fondamental selon lequel [TRADUCTION] «le pire criminel reste un être humain et garde sa dignité humaine». Les appelants et l'intervenante ont soutenu que le préambule de la *Déclaration canadienne des droits*, qui se réfère à «la dignité et la valeur de la personne humaine», reflète la même idée.

Au sujet du principe susmentionné, le juge Brennan avait proposé un critère global correspondant aux arguments avancés par les appelants et l'intervenante devant cette Cour:

[TRADUCTION] Si une peine est exceptionnellement sévère, s'il est très probable qu'elle soit infligée arbitrairement, si elle est fondamentalement rejetée par la société contemporaine et s'il n'y a aucune raison de croire qu'elle sert la justice plus efficacement qu'une peine moins sévère, alors l'imposition de cette peine enfreint la clause qui interdit à l'État d'infliger aux criminels des peines inhumaines et barbares.

Les appelants n'ont pas allégué que ces différents éléments étaient nécessairement cumulatifs, mais je déduis de leurs argumentations que si l'on établissait la sévérité et le caractère excessif de la

should be enough to sustain their attack on the death penalty in the present case. I am prepared to accept this premise, but I am unable to agree that the conclusion that they urge is well-founded.

In a general sense, all punishment by way of imprisonment or otherwise is degrading, but society cannot be expected to tolerate without sanction breaches of the criminal law merely because punishment degrades the criminal. What we are concerned with here is not mere degradation by which society expresses its reprobation of criminal behaviour but the extent of it, related of course to the offence and at times to the offender. The enormity and the irreversibility of a death penalty when carried out certainly bespeak its undue severity in the abstract, but the present case is concerned with proportionality, with mandatory application of the death penalty not to an entire range of the most heinous of offences, that is, murder, but to particular and narrow instances of it specially selected by Parliament as meriting the drastic penalty of death.

The fact that Parliament has, since the hearing of these appeals, abolished the death penalty for any type of murder does not mean that this Court must, *ex post facto*, conclude that the death penalty as previously prescribed was "cruel and unusual punishment" so as to render the previous prescription inoperative. In exercising the jurisdiction over the operation and application of federal law, as committed to it under the *Canadian Bill of Rights*, this Court may certainly consider the course of parliamentary enactments and the state of the statute book as of the time when it comes to a decision, but it would abdicate its function if it surrendered to parliamentary policy without making an independent assessment of the compatibility of a particular policy, reflected in a challenged statute, with the *Canadian Bill of Rights*, regardless of a subsequent change in that policy by Parliament. Such a change, always open to Parliament, does not signal a previous abridgement of the *Canadian Bill of Rights*.

peine de mort (selon leur conception de ces notions), cela suffirait pour que leur contestation de cette peine en l'espèce soit accueillie. Je suis disposé à accepter ces prémisses, mais je ne puis admettre que leurs conclusions sont bien fondées.

En règle générale, toute peine, que ce soit l'emprisonnement ou autre chose, est dégradante, mais on ne peut s'attendre à ce que la société tolère, sans les punir, les violations du droit pénal pour la simple raison que la peine encourue porte atteinte à la dignité du criminel. Ce qui nous occupe présentement n'est pas seulement la dégradation par laquelle la société exprime sa désapprobation du comportement criminel, mais également sa portée, par rapport à l'infraction commise et, dans certains cas, au coupable. La gravité et le caractère irréversible de la peine de mort lorsqu'elle est exécutée révèlent certainement une sévérité injustifiée dans l'abstrait, mais la présente affaire porte sur la proportionnalité et sur l'imposition obligatoire de la peine de mort non pas à toute la catégorie des infractions les plus odieuses qui soient, c.-à-d. les meurtres, mais à des cas de meurtres précis et limités qui méritaient, selon le législateur, la peine de mort.

Le fait que le Parlement, depuis l'audition de ces pourvois, a aboli la peine de mort pour tous les genres de meurtres ne signifie pas que cette Cour doive *ex post facto* conclure que la peine de mort imposée avant les récentes modifications législatives constituait une «peine cruelle et inusitée», de manière à rendre inopérante l'ancienne loi. Dans l'exercice du contrôle de la mise en œuvre des lois fédérales qui lui est dévolu par la *Déclaration canadienne des droits*, cette Cour peut certainement tenir compte de l'évolution des lois adoptées par le Parlement et de l'état du droit statutaire à l'époque où elle rend sa décision, mais elle ne remplirait pas son rôle si elle souscrivait à la politique législative sans au préalable étudier elle-même la compatibilité d'une politique particulière, exprimée dans une loi contestée, avec la *Déclaration canadienne des droits*, indépendamment des changements ultérieurs de cette politique par le Parlement. Une telle modification, que le Parlement peut adopter en tout temps, ne signifie pas que la loi antérieure contrevenait à la *Déclaration canadienne des droits*.

The appellants and the intervenor would subsume the question of proportionality under what to them was the larger issue of penal policy, contending in that connection that the purposes of punishment, conceived generally as being for the protection of society through prevention, deterrence and reformation, would be equally well served by providing for a lesser punishment, such as life imprisonment. They submit data designed to show that there is no convincing proof of general deterrence, so far as murder is concerned, by reason of the imposition of capital punishment. I do not (indeed it is impossible to) disagree with this contention, but it is based on two premises, neither of which I find acceptable.

The first of these is that the issue of cruel and unusual punishment in this case is to be resolved not only as a question of fact respecting deterrence, but that the burden of proof (or disproof) is on Parliament. In my opinion, the data presented by the appellants and by the intervenor cannot have been lost on Parliament when it first narrowed the situations in which the death penalty for murder was mandatory and, more recently, abolished the death penalty for all types of murder. That did not mean, however, that Parliament acted on a firm basis of fact but rather that it considered the data in arriving at a legislative judgment, a judgment which cannot be said to have been limited by or to the factor of deterrence. Indeed, while I agree that there is no convincing proof of general deterrence as submitted by the appellants and the intervenor, it may equally be said, at least in respect of the narrow situations with which we are concerned in this case, that there is no convincing proof that deterrence has had no impact. The number of murders of policemen and prison guards has been, fortunately, relatively small, and there are no persuasive statistics for a conclusion one way or the other, certainly not a conclusion that Parliament could not reasonably believe, when it limited the mandatory death penalty to the murder of policemen and prison guards, that there would be a deterrent effect. There is no question of any burden of proof resting on Parliament, especially when dealing with a penalty that has been known and imposed man-

Selon les appelants et l'intervenante, la question de la proportionnalité relève de la question plus large de la politique pénale. Ils prétendent en effet que l'imposition d'une peine a pour but la protection de la société par la prévention, l'exemplarité et la réforme, et que ce but serait atteint par l'imposition d'une peine moins sévère, comme l'emprisonnement à perpétuité. Ils ont soumis des statistiques indiquant que rien ne prouve que le maintien de la peine capitale décourage le crime, particulièrement le meurtre. Je n'entends pas m'opposer à cette prétention (ce serait d'ailleurs impossible) mais elle repose sur deux prémisses que je ne saurais accepter.

Selon la première, la question du caractère cruel et inusité de la peine imposée en l'espèce doit non seulement être tranchée comme une question de fait relative à l'exemplarité, mais le fardeau de la preuve (ou de la réfutation) est à la charge du Parlement. A mon avis, les statistiques présentées par les appelants et l'intervenante n'ont pas échappé au Parlement lorsqu'il a d'abord restreint le nombre de crimes passibles de la peine de mort et lorsque plus récemment il a aboli la peine de mort. Cela ne signifie pas que le Parlement se fondait uniquement sur des faits patents mais plutôt qu'il a pris en considération toutes les données pour formuler sa politique législative et on ne peut prétendre qu'il a limité ses débats à la question de l'exemplarité de la peine. En fait, je reconnais comme l'avancent les appelants et l'intervenante qu'il n'y a pas de preuve déterminante que la peine de mort décourage le crime, mais l'on peut tout aussi bien dire, tout au moins à l'égard des cas circonscrits qui nous occupent, qu'on ne peut pas prouver non plus que le maintien de la peine de mort n'a eu aucun effet. Le nombre de meurtres de policiers et de gardiens de prison est resté, heureusement, relativement peu élevé et les statistiques ne nous permettent pas de conclure dans un sens ou dans l'autre. Elles ne nous permettent certainement pas d'affirmer que le Parlement n'avait pas de bonnes raisons de croire, lorsqu'il a restreint l'imposition obligatoire de la peine de mort aux cas de meurtres de policiers et de gardiens de prison, que cette mesure aurait une certaine force de dissuasion. Le Parlement n'a donc certainement

datorily over so long a period.

This brings me to the second unacceptable premise which appears to be that deterrence should be the governing consideration in assessing the mandatory death penalty under s.2(b), and that small regard, at the best, should be paid to retribution or to the social outrage which may reasonably find expression in a penal policy of a mandatory death penalty for the murder of policemen and prison guards. It is not difficult to appreciate that the kind of revulsion that an orderly society may feel against murder, and especially murder of policemen and prison guards, may express itself in a correspondingly severe sanction that would be deemed inappropriate for less grievous offences. In short, as was said by Justice Stewart in *Gregg v. Georgia*, "the decision that capital punishment may be the appropriate sanction in extreme cases is an expression of the community's belief that certain crimes are themselves so grievous an affront to humanity that the only adequate response may be the penalty of death" (44 U.S. LW at p. 5239).

It is certainly arguable that the mandatory death penalty, considered as mere vengeance, should be regarded as cruel and unusual punishment within s. 2(b), having regard to its enormity and its irreversibility, its incompatibility with any aim of rehabilitation and its physical and mental pain. I do not think, however, that it can be said that Parliament, in limiting the mandatory death penalty to the murder of policemen and prison guards, had only vengeance in view. There was obviously the consideration that persons in such special positions would have a sense of protection by reason of the grave penalty that would follow their murder and, further, that the mandatory penalty would be, to some extent at least, a deterrent as, for example, to a prison inmate already serving a life sentence but tempted to escape even if this meant committing murder. It was open to Parliament to act on these additional considerations in limiting the mandatory death penalty as it did, and I am unable to say that they were not acted upon. On this view, I cannot find that there

pas le fardeau de la preuve, d'autant plus qu'il s'agit d'une peine reconnue et imposée de façon obligatoire depuis très longtemps.

J'en viens à la seconde prémisse inacceptable: l'exemplarité de la peine devrait être la considération déterminante dans l'examen de la peine de mort imposée de façon obligatoire aux fins du par. 2b), et, au mieux, il faudrait n'accorder que très peu d'importance à l'esprit justicier ou de l'indignation générale qui peuvent raisonnablement s'exprimer dans une politique pénale qui impose la peine de mort dans les cas de meurtres de policiers et de gardiens de prison. On comprend facilement qu'une société disciplinée, révoltée par certains meurtres, particulièrement ceux de policiers et de gardiens de prison, puisse imposer une sanction aussi sévère, qui ne serait pas justifiée pour des infractions moins graves. En résumé, comme l'a déclaré le juge Stewart dans *Gregg v. Georgia*, [TRADUCTION] «la décision d'imposer la peine capitale dans des cas extrêmes exprime la conviction de la collectivité que certains crimes constituent un tel affront à l'humanité que la seule sanction adéquate peut être la peine de mort». (44 U.S. LW à la p. 5239.)

On peut certainement soutenir qu'on devrait considérer l'imposition obligatoire de la peine de mort, en tant que simple vengeance, comme une peine cruelle et inusitée au sens du par. 2b), compte tenu de sa gravité, de son caractère irréversible et des douleurs physiques et morales qu'elle entraîne et compte tenu du fait qu'elle est incompatible avec toute visée de réhabilitation. Je ne pense toutefois pas que l'on puisse dire que le Parlement, en restreignant l'imposition obligatoire de la peine de mort aux cas de meurtres de policiers et de gardiens de prison, ne répondait qu'à un sentiment de vengeance. Il a sans aucun doute estimé qu'elle contribuait à donner aux policiers et gardiens de prison un certain sentiment de sécurité vu la gravité de la peine qu'entraînerait leur meurtre et, en outre, qu'elle aurait, du moins dans une certaine mesure, un effet dissuasif à l'égard, par exemple, du détenu purgeant une sentence d'emprisonnement à perpétuité qui serait tenté de s'évader même au prix d'un meurtre. Le Parlement pouvait prendre en considération ces éléments

was no social purpose served by the mandatory death penalty so as to make it offensive to s. 2(b).

The appellants sought to strengthen their position by invoking the public conscience or public morality as reflecting a revulsion against capital punishment. No doubt, this is a strongly held position by an undetermined section of the public so far as the death penalty in general is concerned but the issue is not so free of debate as to enable me to say that the moral position is clear. Indeed, I can, I believe, properly take judicial notice of the fact that there is a substantial opinion that the imposition of the death penalty for the murder of policemen or prison guards is neither shocking nor abhorrent. This is adequate ground for being wary about interfering with a legislative policy that prescribes the death penalty in such cases.

I wish, finally, to say a word about the recent *Woodson and Waxton* case. There the Supreme Court of the United States, by a bare majority, set aside mandatory death penalties imposed upon the petitioners under North Carolina law when they were found guilty of first-degree murder by reason of a killing in the course of a robbery. Again, as in *Furman* and in *Gregg*, seven members of the Court refused to hold that the death sentence was unconstitutional under any circumstances. However, three members of the Court who, with Justices Brennan and Marshall, formed the majority for the decision in the case, held that a mandatory death sentence for a broad category of homicidal offences was cruel and unusual punishment. In reaching this conclusion, the three Justices, Stewart, Powell and Stevens JJ., reviewed the history of the mandatory death penalty in the various states, a history which showed a progressive relaxation of mandatory imposition to enable juries to exercise discretion in individual cases. The Justices regarded this relaxation and the substitution of discretionary sentencing as indicating the aversion of society at large to the mandatory death penalty, and its reintroduction was not an adequate

additionnels en décidant, comme il l'a fait, de limiter les cas d'imposition obligatoire de la peine de mort et je ne puis dire qu'il les a négligés. Il m'est donc impossible de conclure que l'imposition obligatoire de la peine de mort enfreint le par. 2b) parce qu'elle ne sert aucune fin sociale.

Les appelants ont prétendu, à l'appui de leur thèse, que la peine de mort révoltait la conscience sociale et la moralité publique. C'est effectivement l'opinion que défend âprement une partie du public à l'égard de la question de la peine de mort en général, mais ce débat soulève de telles controverses que je ne peux dire que du point de vue moral la situation est claire. De fait, je puis tout aussi bien prendre acte de ce qu'une bonne partie de l'opinion publique estime que l'imposition obligatoire de la peine de mort dans les cas de meurtres de policiers et de gardiens de prison n'est ni révoltante ni répugnante. Il convient donc d'agir avec circonspection avant d'intervenir dans une politique législative prescrivant la peine de mort dans de tels cas.

Je tiens en dernier lieu à dire quelques mots sur le récent arrêt *Woodson and Waxton*. Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis, par une faible majorité, a infirmé des sentences de mort imposées de façon obligatoire aux requérants en vertu de la législation de la Caroline du Nord, à la suite de leur condamnation pour meurtre au premier degré commis lors de la perpétration d'un vol qualifié. Comme dans *Furman* et dans *Gregg*, sept juges de la Cour ont refusé de déclarer que la peine de mort était inconstitutionnelle quelles que soient les circonstances. Cependant, trois membres de la Cour, qui ont formé la majorité avec les juges Brennan et Marshall dans cette décision-là, ont jugé que l'imposition obligatoire de la peine de mort prévue pour une vaste catégorie d'homicides constituait une peine cruelle et inusitée. Pour parvenir à cette conclusion, les trois juges, Stewart, Powell et Stevens, ont passé en revue l'histoire de l'imposition obligatoire de la peine de mort dans les divers États; cet historique montre que la mitigation progressive de l'imposition obligatoire de la peine de mort a permis aux jurys d'exercer leur pouvoir discrétionnaire dans chaque cas particulier. Les juges ont considéré que cette mitigation

response to the vice of the legislation in the *Furman* case, namely that the discretion was unguided. A further element in the position of the three Justices was that the mandatory death sentence, having regard to the irretrievable nature of the death penalty compared with other forms of present-day punishment, did not leave room for individual assessment of each convicted person. As they put it,

While the prevailing practice of individualizing sentencing determinations generally reflects simply enlightened policy rather than a constitutional imperative, we believe that in capital cases the fundamental respect for humanity underlying the Eighth Amendment . . . requires consideration of the character and record of the individual offender and the circumstances of the particular offence as a constitutionally indispensable part of the process of inflicting the penalty of death.

Justice Stewart, who wrote the reasons in which Justices Powell and Stevens concurred, made an express reservation in a footnote of "a mandatory death penalty statute limited to an extremely narrow category of homicide, such as murder by a prisoner serving a life sentence, defined in large part in terms of the character or record of the offender", and stated that no opinion was being expressed as to the constitutionality of such a statute. Whether the Canadian statute in issue here would, if found in the United States, lead to a different result than that reached in *Woodson and Waxton* may be speculative, especially in view of the decision of the Supreme Court of the United States in the companion case of *Jurek v. Texas* where a Texas statute limiting the death penalty to five specific situations, was upheld; but it should be noted that the gist of that decision (from which only Brennan and Marshall JJ. dissented) lay in the view of the Court that the capital sentencing procedure prescribed by the statute met constitutional standards by requiring what was referred to as "individualized sentencing determinations".

en faveur de la substitution d'une sentence discrétionnaire révélait la répugnance de la société en général à l'égard de l'imposition obligatoire de la peine de mort et que son rétablissement ne remédiait pas de façon adéquate aux défauts de la loi étudiée dans *Furman*, où l'on avait jugé que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire n'était pas suffisamment guidé. Les trois juges ont en outre statué que l'imposition obligatoire de la peine de mort, vu son caractère irrémédiable par rapport aux autres formes de peines imposées de nos jours, ne laissait pas suffisamment de latitude pour évaluer le cas individuel de chaque condamné. Ils ont déclaré:

[TRADUCTION] Bien que la pratique courante consistant à individualiser les sentences reflète plus une politique éclairée qu'un impératif constitutionnel, nous pensons qu'en matière de peine capitale, le respect fondamental de la personne humaine qu'exprime le huitième amendement . . . exige que les antécédents et le dossier de chaque accusé ainsi que les circonstances de l'infraction soient attentivement étudiés, à titre d'éléments indispensables du processus de l'imposition d'une peine de mort.

Le juge Stewart, qui a rédigé les motifs auxquels ont souscrit les juges Powell et Stevens, fait la réserve expresse, dans une note en bas de page à l'égard d'une [TRADUCTION] «loi prévoyant l'imposition obligatoire de la peine de mort dans des cas très restreints d'homicides, comme par exemple, un meurtre commis par un prisonnier purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité, en tenant compte des antécédents et du dossier de l'accusé», et a précisé qu'il ne se prononçait pas sur la constitutionnalité d'une telle loi. On ne saurait affirmer que la législation canadienne en cause, si elle avait existé aux États-Unis, aurait mené la Cour suprême des États-Unis à une conclusion différente dans *Woodson and Waxton*, puisque cette Cour, dans *Jurek v. Texas*, rendu au même moment, a jugé valide une loi du Texas limitant la peine de mort à cinq cas précis; il convient cependant de souligner que cette décision (les juges Brennan et Marshall étant les seuls dissidents) repose sur l'opinion que la procédure prévue dans la loi relativement à l'imposition de la peine capitale est conforme aux exigences constitutionnelles parce qu'elle prévoyait ce que la Cour a appelé [TRADUCTION] «une individualisation des sentences».

The *Canadian Criminal Code's* death penalty offences are not only narrower than those in *Jurek v. Texas* but, what is more, there is no such legislative history in Canada, as there is in the United States, of a discretionary sentencing procedure in respect of the death penalty, exhibiting over the years a move away from provisions which originally prescribed mandatory death sentences.

It is also I think of prime importance here that the widest judicial review is open in capital cases; there is an unqualified right of appeal by an accused to this Court on any ground of law or fact or mixed law and fact: see *Criminal Code*, s. 619. I am, therefore, unable to accept the reasons given in *Woodson and Waxton* against the constitutionality of a mandatory death sentence as having persuasive force here. The considerations which underlie the reasons of Stewart J. do not apply here, having regard to our history, the limited range of capital offences, the absence of any practice of jury sentencing and the broad scope of judicial review, not to mention the reserve power of the Government to commute death sentences.

The same observations apply to the majority judgment of the Supreme Court of the United States in *Roberts v. Louisiana* which concerned a mandatory death penalty statute narrower in its definition of first-degree murder than that in the *Woodson and Waxton* case and where the result was the same as in that case. The Louisiana statute involved in the *Roberts* case is broader in its definition of death penalty offences than the Canadian provision in issue here, but like the Canadian provision it makes the death penalty mandatory for those offences, whereas previously the jury was authorized to return a verdict of "guilty without capital punishment". In commenting on this change in the law, White J. in his dissenting reasons, concurred in by the Chief Justice and by Justices Blackmun and Rehnquist, observed:

Les infractions passibles de peine de mort en vertu du *Code criminel* canadien sont non seulement moins nombreuses que dans le cas de *Jurek v. Texas*, mais en outre le Canada n'a pas suivi la même évolution législative que les États-Unis où le développement du pouvoir discrétionnaire en matière de condamnation à la peine de mort montre que l'on abandonne progressivement les dispositions qui prévoyaient à l'origine l'imposition obligatoire de la peine de mort.

Il est également à mon avis très important d'observer qu'ici les condamnations à la peine capitale ouvrent toutes les voies de recours; l'accusé possède le droit absolu d'interjeter appel devant cette Cour, pour tout motif de droit ou de fait, ou tous motifs mixtes de droit et de fait: voir le *Code criminel* art. 619. Je ne puis donc admettre que les motifs rendus dans *Woodson and Waxton*, concluant à l'inconstitutionnalité de la peine de mort imposée de façon obligatoire, ont une influence déterminante sur notre droit. Comme notre histoire diffère, que seules quelques infractions précises entraînent la peine capitale, que les jurés ne prononcent pas les sentences, que le droit d'appel est très large, et en outre que le gouvernement peut commuer les peines de mort, les considérations sous-jacentes aux motifs de jugement du juge Stewart ne s'appliquent pas ici.

Les mêmes remarques peuvent s'appliquer au jugement rendu à la majorité par la Cour suprême des États-Unis dans *Roberts v. Louisiana*, relatif à une loi prévoyant l'imposition obligatoire de la peine de mort dans le cas de meurtre au premier degré, qui était défini de façon plus restrictive que dans *Woodson and Waxton*, et où la Cour est parvenue au même résultat. La Loi de la Louisiane mise en cause dans *Roberts* prévoit un plus grand nombre d'infractions entraînant la peine de mort que la loi canadienne mais, comme cette dernière, elle rend la peine de mort obligatoire pour ces infractions alors qu'auparavant les jurés pouvaient prononcer un verdict de [TRADUCTION] «culpabilité sans peine capitale». Parlant de cette modification de la Loi, le juge White a fait remarquer dans ses motifs en dissidence auxquels ont souscrit le Juge en chef et les juges Blackmun et Rehnquist:

The difference between a jury having and not having the lawful discretion to spare the life of the defendant is apparent and fundamental. It is undeniable that the unfettered discretion of the jury to save the defendant from death was a major contributing factor in the developments which led us to invalidate the death penalty in *Furman v. Georgia*. This factor Louisiana has now sought to eliminate by making the death penalty compulsory upon a verdict of guilty in first-degree murder cases. As I see it, we are now in no position to rule that the State's present law, having eliminated the overt discretionary power of juries, suffers from the same constitutional infirmities which led this Court to invalidate the Georgia death penalty statute in *Furman v. Georgia*.

I refer to one other matter dealt with by White J. because it relates to submissions made by the intervenor in the present case respecting the allegedly arbitrary imposition of the death penalty because of (1) prosecutorial discretion in the choice of a charge and in acceptance of a plea of guilty to a lesser charge and (2) jury "discretion" in the range of verdicts open to it on a charge of murder. These submissions were also made in *Roberts v. Louisiana* and, in my opinion, were effectively disposed of by White J. in his reasons at pp. 5287 and 5288 of 44 U.S. LW. The discretion of a prosecutor is part of the normal criminal process and it cannot be assumed that it will be incompetently or dishonestly exercised. Again, juries do not have unfettered discretion to convict of a lesser included offence but must be guided by the evidence, and the *Criminal Code* provisions for review by appellate courts are there to ensure against unreasonable or unfounded jury verdicts.

None of the contentions made against the death penalty in the present case persuades me that it is cruel and unusual punishment within s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*, and I would reject this ground of appeal.

As to the other grounds urged in this Court, I am in agreement with my brother Ritchie that

[TRANSLATION] La différence entre un jury qui a légalement le pouvoir discrétionnaire d'épargner la vie d'un défendeur et le jury qui ne l'a pas est manifeste et fondamentale. Il est indéniable que le pouvoir discrétionnaire absolu du jury d'épargner ainsi le défendeur constitue l'un des motifs essentiels qui nous ont menés à conclure à l'invalidité de la peine de mort dans *Furman v. Georgia*. La Louisiane a voulu remédier à cette situation en rendant obligatoire l'imposition de la peine de mort en cas de déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. A mon avis, nous ne pouvons donc statuer que la loi en vigueur dans cet État, qui a éliminé le pouvoir discrétionnaire des jurés, est inconstitutionnelle pour les mêmes raisons que celles qui ont amené cette Cour à invalider dans *Furman v. Georgia*, la loi de la Georgie sur la peine de mort.

Je mentionnerai un autre point étudié par le juge White, qui touche certains arguments par l'intervenante en l'espèce à l'égard de l'imposition arbitraire de la peine de mort, parce que (1) la poursuite a le pouvoir discrétionnaire de choisir le chef d'accusation et d'accepter un plaidoyer de culpabilité pour une infraction moindre et (2) le jury a un certain «pouvoir discrétionnaire» quant aux divers verdicts qu'il peut rendre sur une accusation de meurtre. Ces arguments ont également été avancés dans *Roberts v. Louisiana* et, à mon avis, le juge White en a adéquatement disposé aux pp. 5287 et 5288 de 44 U.S. LW. Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite fait partie de la procédure criminelle normale et on ne peut présumer qu'il sera exercé malhonnêtement ou à mauvais escient. Je le répète, les jurés n'ont pas le pouvoir discrétionnaire absolu de déclarer un accusé coupable d'une infraction moindre comprise dans l'inculpation; leur verdict doit être fondé sur la preuve et les dispositions du *Code criminel* concernant les recours devant les tribunaux d'appel ont pour but de corriger tout verdict déraisonnable ou non fondé que pourraient rendre les jurés.

Aucun des arguments présentés en l'espèce contre la peine de mort ne me convainc qu'elle constitue une peine cruelle et inusitée au sens du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* et je suis d'avis de rejeter ce moyen.

Quant aux autres moyens invoqués devant cette Cour, je partage l'opinion de mon collègue le juge

there is no reversible error, and I would, accordingly, dismiss the two appeals.

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

RITCHIE J.—These are appeals from a judgment of the Court of Appeal of British Columbia dismissing the appeals of the two appellants from their conviction at a trial held before Mr. Justice Kirke Smith sitting with a jury, on a joint charge of unlawfully committing “murder punishable by death” in the killing of a policeman while acting in the course of his duties in the County of Westminster in the Province of British Columbia on March 29, 1974.

In rendering judgment on behalf of the majority of the Court of Appeal of British Columbia, Robertson J.A., considered six grounds of appeal alleging errors in the charge of the learned trial judge and also a seventh ground which was set out in the factum filed on behalf of Cockriell as follows:

7. It is respectfully submitted that the provisions of the Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 and amendments thereto relating to murder punishable by death are rendered inoperative by reason of their infringement of section 2(b) of the Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III.

The majority of the Court of Appeal found that s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* did not have this effect and accordingly when the present appeals were asserted to this Court, the same question, being one of law, was asserted as a ground of appeal and was phrased as follows:

The majority of the Court of Appeal for the Province of British Columbia erred in holding that the death penalty is not cruel and unusual punishment within the meaning of Section 2(b) of the Bill of Rights, being R.S.C. 1970, Appendix III; and that accordingly the said majority of the Court of Appeal for the Province of British Columbia erred in holding that Section 214(2) and Section 218(1) of the Criminal Code of Canada, being R.S.C. 1970, C-34 and amendments thereto (namely S.C. 1973, c. 38 section 2(2) and Section 3(1)) were not inoperative by virtue of the application of the said Section 2(b) of the Bill of Rights.

Ritchie qu'aucune erreur justifiant l'infirmité du jugement n'a été commise et, en conséquence, je suis d'avis de rejeter les deux pourvois.

Ce jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Ces pourvois attaquent un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rejetant les appels interjetés par les deux appelants de leur déclaration de culpabilité à l'issue d'un procès tenu devant le juge Kirke Smith et un jury. Ils sont conjointement accusés d'avoir, le 29 mars 1974, illégalement commis un «meurtre punissable de mort» en tuant un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions, dans le comté de Westminster (Colombie-Britannique).

Parlant au nom de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge Robertson a, dans son jugement, étudié six moyens d'appel fondés sur des erreurs qu'aurait faites le juge de première instance dans ses directives et un septième moyen, formulé en ces termes dans le factum soumis au nom de Cockriell:

[TRADUCTION] 7. Nous prétendons avec égards que les dispositions du Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, et modifications, relatives au meurtre punissable de mort sont devenues inopérantes parce qu'elles contreviennent au par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III.

La majorité de la Cour d'appel a jugé que le par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* n'avait pas cet effet. En conséquence, lorsque cette Cour a été saisie des présents pourvois, cette question de droit a été reprise comme moyen d'appel et formulée comme suit:

[TRADUCTION] La majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur en statuant que la peine de mort ne constitue pas une peine cruelle ou inusitée au sens du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III; et, en conséquence, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur en jugeant que les par. 214(2) et 218(1) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications (notamment S.C. 1973, chap. 38, par. 2(2) et 3(1)) n'étaient pas devenus inopérants en raison de l'application dudit par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

In view of the far-reaching importance of this submission the Attorneys General of the Provinces were advised that it would be raised on this appeal and the Province of Newfoundland intervened in accordance with Rule 60 of the Supreme Court Rules and was represented at the hearing. Leave was also granted by Mr. Justice Spence for the intervention of the Canadian Civil Liberties Association. For these reasons, and in view of the fact that the dissenting judgment of McIntyre J.A., in the Court of Appeal, is based almost exclusively on this ground, it appears to me to be desirable to deal with it before considering the errors alleged in the charge to the jury, all of which were also argued at length.

The relevant portions of the sections of the *Criminal Code* which the appellants allege to have been rendered inoperative by the *Canadian Bill of Rights* read as follows:

214. (1) Murder is punishable by death or is punishable by imprisonment for life.

(2) Murder is punishable by death, in respect of any person, where such person by his own act caused or assisted in causing the death of

(a) a police officer, police constable, constable, sheriff, deputy sheriff, sheriff's officer or other person employed for the preservation and maintenance of the public peace, acting in the course of his duties, . . . or counselled or procured another person to do any act causing or assisting in causing the death.

(3) All murder other than murder punishable by death is punishable by imprisonment for life. [1973, c. 38, s. 2.]

218. (1) Every one who commits murder punishable by death is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to death.

The section of the *Bill of Rights* which is invoked by the appellants reads 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 par-

Compte tenu de la très grande importance de cet argument, les procureurs généraux des provinces ont été informés qu'il serait soulevé dans ce pourvoi. La province de Terre-Neuve, qui est intervenue en conformité de la règle 60 des Règles de la Cour suprême, était représentée à l'audition. Le juge Spence a également accordé à la Canadian Civil Liberties Association l'autorisation d'intervenir. Pour ces motifs et parce que la dissidence du juge McIntyre porte presque exclusivement sur ce moyen, il me semble souhaitable de l'examiner avant de considérer les allégations d'erreurs dans l'exposé du juge au jury, qui ont également fait l'objet de longues plaidoiries.

Voici les parties pertinentes des dispositions du *Code criminel* qui, selon les appelants, seraient rendues inopérantes par la *Déclaration canadienne des droits*:

214. (1) Le meurtre est punissable de mort ou est punissable d'emprisonnement à perpétuité.

(2) Le meurtre est punissable de mort, à l'égard de toute personne, lorsque cette personne, par son propre fait, a causé ou aidé à causer la mort

a) d'un officier de police, d'un agent de police, d'un constable, d'un shérif, d'un shérif adjoint, d'un officier de shérif ou d'une autre personne employée à la préservation et au maintien de la paix publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, . . . ou a conseillé à une autre personne de commettre un acte quelconque qui cause ou aide à causer la mort, ou a incité cette autre personne à commettre un tel acte.

(3) Tout meurtre autre qu'un meurtre punissable de mort est punissable d'emprisonnement à perpétuité. [1973, c. 38, art. 2.]

218. (1) Quiconque commet un meurtre punissable de mort est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à mort.

Les appelants invoquent l'article suivant de la *Déclaration canadienne des droits*:

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

particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to . . .

(b) impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment . . .

It is to be remembered that the expression "law of Canada" as used in the *Bill of Rights* is defined in s. 5(2) as meaning "an Act of the Parliament of Canada enacted before or after the coming into force of this Act . . .".

The effect of s. 2(b) of the *Bill of Rights* must be considered in light of s. 1 which provides:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(a) *the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;*

(The emphasis is my own.)

At the outset it should be stated that these reasons for judgment are not concerned with the moral issue involved in the retention or abolition of capital punishment.

The answer to the question of whether or not the death penalty sections of the *Criminal Code* are to be retained as a feature of the administration of justice in Canada lies with Parliament, and since the hearing of this appeal Parliament has repealed those sections, but the question of whether, "at the time when this murder was committed and the appellants were tried, convicted and sentenced to death, Parliament had already, by enacting s. 2(b) and s. 5(2) of the *Bill of Rights* "recognized and declared" that no law of Canada was to be applied so as to impose punishment by death, is a question for the Courts and this was the only question argued in this area in this appeal.

I subscribe to the analysis of the meaning and effect of ss. 1 and 2 of the *Bill of Rights* to be found in the reasons for judgment of Mr. Justice Martland, speaking for the majority of this Court

transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme . . .

b) infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition;

Soulignons qu'en vertu du par. 5(2) de la *Déclaration canadienne des droits*, l'expression «loi du Canada» désigne «une loi du Parlement du Canada, édictée avant ou après la mise en vigueur de la présente loi . . .».

L'effet du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* doit être examiné à la lumière de l'art. 1, dont voici le texte:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

a) *le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;*

(Les italiques sont de moi.)

Précisons au départ que ces motifs de jugement ne traiteront pas du problème moral que pose le maintien ou l'abolition de la peine capitale.

Il revient au Parlement de décider si les dispositions du *Code criminel* relatives à la peine de mort devraient continuer de faire partie de notre système pénal; d'ailleurs, depuis l'audition de ce pourvoi, le Parlement a abrogé ces articles. En revanche, il appartient aux tribunaux de déterminer si à l'époque de la perpétration du meurtre, du procès, de la condamnation et du prononcé de la peine de mort à l'égard des appelants, le Parlement, en édictant les par. 2b) et 5(2) de la *Déclaration canadienne des droits*, avait déjà «reconnu et déclaré» qu'aucune loi du Canada ne devait être appliquée de façon à imposer la peine de mort, et, dans ce pourvoi, les plaidoiries se sont limitées à cet aspect du problème.

Je souscris à l'analyse du sens et de l'effet des art. 1 et 2 de la *Déclaration canadienne des droits* que le juge Martland, parlant pour la majorité de la Cour, a faite dans ses motifs de jugement dans

in *The Queen v. Burnshine*¹⁶, at p. 705 where, after noting that the *Bill of Rights* “by its express wording . . . declared and continued existing rights and freedoms”, he went on to say:

It was those existing rights and freedoms which were not to be infringed by any federal statute. Section 2 did not create new rights. Its purpose was to prevent infringement of existing rights. It did particularize in paras. (a) to (g), certain rights which were a part of the rights declared in s. 1 . . .

The declaration of the right of the individual not to be deprived of life which is contained in s. 1(a) is clearly qualified by the words “except by due process of law”, which appear to me to contemplate a process whereby an individual *may* be deprived of life. At the time when the *Bill of Rights* was enacted there did not exist and had never existed in Canada the right not to be deprived of life in the case of an individual who had been convicted of “murder punishable by death” by the duly recorded verdict of a properly instructed jury and, in my view, the “existing right” guaranteed by s. 1(a) can only relate to individuals who have not undergone the process of such a trial and conviction.

Accepting as I do the proposition that s. 2 did not create new rights, it cannot be that Parliament intended to create anew the absolute right not to be deprived of life under any circumstances by providing that no law of Canada was to be applied so as “to impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment”. If so construed the section would prevent the infringement of a right which had never existed and would thus run contrary to the purpose for which it was enacted. As I have said, the abolition of the death penalty is a matter for Parliament and is not to be achieved by such an oblique method as that suggested by the appellants.

In seeking to determine the intention of Parliament in enacting s. 2(b), I think it is pertinent to observe that since the *Bill of Rights* was enacted Parliament had amended the provisions of the *Criminal Code* defining the types of culpable homicide which are punishable by death on three occasions. In this regard it must be noted that

¹⁶ [1975] 1 S.C.R. 693.

*La Reine c. Burnshine*¹⁶, à la p. 705. Après avoir souligné que la *Déclaration canadienne des droits* « . . . porte déclaration et continuation de droits et libertés existants, de par ses termes exprès », il dit:

Ce sont ces droits et ces libertés qui existaient alors qui ne doivent être violés par aucune loi fédérale. L'article 2 ne crée pas de droits nouveaux. Son but est d'empêcher la transgression de droits existants. Il précise effectivement, dans les alinéas a) à g), certains droits faisant partie de ceux qui sont déclarés dans l'art. 1 . . .

La déclaration du droit de l'individu de ne pas être privé de la vie, au par. 1a), est nettement restreinte par l'expression « [sauf] par l'application régulière de la loi ». A mon avis, on envisage une procédure par laquelle un individu peut être privé de la vie. A l'époque de l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, le droit d'un individu de ne pas être privé de la vie, après une condamnation pour « meurtre punissable de mort » en conformité d'un verdict dûment prononcé par un jury ayant reçu des directives appropriées, n'existait pas et n'avait jamais existé au Canada et, à mon avis, le « droit existant » garanti au par. 1a) ne peut viser que les individus condamnés sans procès régulier.

Si l'on admet comme je le fais, que l'art. 2 n'a pas créé de nouveaux droits, il faut conclure que le Parlement n'avait pas l'intention de créer le droit absolu de ne pas être privé de la vie, quelles que soient les circonstances, lorsqu'il a édicté que nulle loi du Canada ne devait s'appliquer comme « infligeant des peines ou traitements cruels ou inusités, ou comme en autorisant l'imposition ». Interprété de la sorte, l'article empêcherait la transgression d'un droit qui n'a jamais existé et aurait ainsi un effet contraire à son but. Comme je l'ai déjà dit, il revient au Parlement de décider l'abolition de la peine de mort et on ne peut y parvenir par une voie indirecte comme celle suggérée par les appelants.

Pour déterminer quelle était l'intention du Parlement lorsqu'il a adopté le par. 2b), il me semble pertinent de souligner que depuis la promulgation de la *Déclaration canadienne des droits*, le Parlement a modifié trois fois les dispositions du *Code criminel* qui définissent les homicides coupables punissables de mort. Soulignons à cet égard que

¹⁶ [1975] 1 R.C.S. 693.

within a year after the *Bill of Rights* had been enacted, the same Parliament passed *An Act to amend the Criminal Code* by 1960-61 (Can.), c. 44, and by s. 2 re-enacted s. 206(1) of the former *Code* in the following terms:

Every one who commits capital murder is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to death.

The death penalty was also recognized in the amendments to the *Criminal Code*, 1967-68, c. 15, and 1973-74, c. 38, by which ss. 214 and 218 were enacted as they existed at the times relevant to this appeal. None of these amendments contained any declaration that it was to operate notwithstanding the *Bill of Rights*.

In my view the fact that Parliament saw fit to retain the death penalty as part of the *Criminal Code* after the enactment of the *Bill of Rights* constitutes strong evidence of the fact that it had never been intended that the word "punishment" as employed in s. 2(b) should preclude punishment by death in the case of an individual who has been duly convicted of murder.

If it were otherwise it would mean in light of s. 5(2) that the provisions for punishment by death contained in the amendments had been rendered inoperative in advance of their enactment. I cannot accept that proposition.

For these reasons I have concluded that the "cruel and unusual treatment or punishment" referred to in s. 2(b) of the *Bill of Rights* does not include punishment by death for murder and that it was neither the intention nor the effect of that section to render inoperative the death penalty provisions of the *Criminal Code*.

Having reached this conclusion I do not find it necessary, in considering the meaning of "cruel and unusual treatment or punishment" as employed in s. 2(b) of the *Bill of Rights*, to make any assessment of current community standards of morality or of the deterrent effect of the death penalty. These matters in my view raise what are essentially questions of policy and as such they are of necessity considerations effecting the decision of

moins d'un an après la promulgation de la *Déclaration canadienne des droits*, le même Parlement a adopté une *Loi modifiant le Code criminel*, 1960-61 (Can.), c. 44, dont l'art. 2 a remplacé le par. 206(1) de l'ancien *Code criminel* par la disposition suivante:

Quiconque commet un meurtre qualifié est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à mort.

La peine de mort fait également partie des modifications du *Code criminel*, 1967-68, c. 15 et 1973-74, c. 38, qui ont promulgué les art. 214 et 218 qui, à l'époque pertinente aux fins de ce pourvoi, étaient toujours libellés de la même façon. Aucune de ces modifications ne déclarait expressément qu'elle s'appliquerait nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*.

A mon avis, le fait que le Parlement ait jugé à-propos de maintenir la peine de mort dans le *Code criminel*, après la promulgation de la *Déclaration canadienne des droits* indique clairement qu'il n'avait jamais eu l'intention, en employant le mot «peine», au par. 2b), de rendre impossible l'application de la peine de mort dans le cas d'un individu régulièrement déclaré coupable de meurtre.

S'il en était autrement, cela signifierait, compte tenu du par. 5(2), que les dispositions des modifications prévoyant la peine de mort étaient inopérantes avant même leur entrée en vigueur. Je ne peux souscrire à cette thèse.

Pour tous ces motifs, je conclus que les «peines ou traitements cruels et inusités» mentionnés au par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* n'incluent pas la peine de mort, que ce paragraphe ne vise pas à rendre inopérantes les dispositions du *Code criminel* prévoyant la peine de mort et qu'il n'a pas cet effet.

Compte tenu de cette conclusion, j'estime que, pour analyser l'expression «peines ou traitements cruels et inusités» employée au par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, il n'est pas nécessaire d'examiner les normes morales actuelles de la collectivité ni l'effet dissuasif de la peine de mort. A mon avis, ces points soulèvent essentiellement des questions de principe qui, nécessairement, entrent en ligne de compte dans la décision

Parliament as to whether or not the death penalty should be retained; but in the view which I take they do not arise in considering the question of law here at issue which is whether the provisions of s. 2(b) of the *Bill of Rights* preclude the imposition of punishment by death for murder of a police officer as provided in ss. 214 and 218 of the *Criminal Code* in force at the time of this murder.

In my opinion the words “cruel and unusual” as they are employed in s. 2(b) of the *Bill of Rights* are to be read conjunctively and refer to “treatment or punishment” which is both cruel and unusual. In this latter regard I share the view of Mr. Justice Robertson that, having regard to the fact that the death penalty for murder had been a part of the law of England from time immemorial and that, at the time when this murder was committed and the trial was held, it had been a feature of the criminal law of Canada since Confederation, it cannot be said to have been an “unusual” punishment in the ordinary accepted meaning of that word.

The dissenting reasons for judgment of Mr. Justice McIntyre, are, however, predicated on his conclusion that the death penalty constitutes cruel and unusual punishment. This opinion is in large measure based on decisions rendered by the Supreme Court of the United States in construing the words “cruel and unusual punishment” as they occur in the 8th and 14th amendments to the United States Constitution, and he places great reliance on the case of *Furman v. The State of Georgia*¹⁷, where it was held that the imposition of the death penalty did constitute cruel and unusual punishment. Even if I found it necessary to enter upon a discussion of these cases in the United States Supreme Court, I would be disinclined to adopt them as applicable in interpreting s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

Although the phrase “cruel and unusual punishments” is to be found in the English Bill of Rights of 1688 and the use of the words “cruel and unusual” in this context in both the *Canadian Bill*

¹⁷ (1972), 408 U.S. 238.

du Parlement de maintenir ou non la peine de mort; cependant, compte tenu de ma conclusion, j'estime que ces considérations ne sont pas pertinentes à l'égard du point de droit qui nous occupe, c.-à-d. la question de savoir si les dispositions du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* interdisent l'imposition de la peine de mort pour le meurtre d'un policier, comme le prévoyaient les art. 214 et 218 du *Code criminel*, en vigueur au moment de la perpétration du meurtre en question.

A mon avis, les adjectifs «cruels et inusités» au par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* doivent être pris conjunctivement et se rapportent aux «peines ou traitements» qui sont à la fois cruels et inusités. A ce sujet, je partage l'opinion du juge Robertson selon laquelle, puisque la peine de mort pour meurtre fait partie du droit anglais depuis des temps immémoriaux et qu'à l'époque de la perpétration du meurtre et du procès, la peine de mort existait dans notre droit et ce, depuis la Confédération, on ne peut prétendre qu'elle constitue une peine «inusitée» au sens ordinaire de ce terme.

La dissidence du juge McIntyre repose toutefois sur la conclusion que la peine de mort constitue une peine cruelle et inusitée. Son opinion est en grande partie fondée sur les arrêts de la Cour suprême des États-Unis relatifs à l'interprétation des mots [TRADUCTION] «peines cruelles et inusitées» employés au 8^e et au 14^e amendements de la Constitution américaine; il s'appuie tout particulièrement sur *Furman v. The State of Georgia*¹⁷, où l'on a jugé que la peine de mort constituait une peine cruelle et inusitée. Même si j'estimais nécessaire de discuter de ces décisions, je ne serais pas disposé à les appliquer aux fins de l'interprétation du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Bien que l'on trouve l'expression «peines cruelles et inusitées» dans le *Bill of Rights* anglais de 1688 où, sans aucun doute, tant la *Déclaration canadienne des droits* que la Constitution américaine

¹⁷ (1972), 408 U.S. 238.

of *Rights* and the United States Constitution no doubt owes its origin to that source, I am nonetheless satisfied that these two latter documents differ so radically in their purpose and content that judgments rendered in interpretation of one are of little value in interpreting the other. In view, however, of the stress placed on the case of *Furman* in Mr. Justice McIntyre's decision, I think it pertinent to observe that since the argument of this appeal the United States Supreme Court has rendered decisions holding that "the imposition of the death penalty is not *per se* cruel and unusual punishment violative of the 8th and 14th amendments". I refer particularly to the cases of *Gregg v. Georgia*; *Roberts v. Louisiana*, and *Woodson et al. v. North Carolina*, all of which were decided on July 2, 1976, and which also recognized that the mandatory death penalty imposed in certain States did violate the provisions of the Constitution to which I have referred.

The circumstances surrounding the death of the police officer in this case and the course of the joint trial of the two appellants before Mr. Justice Kirke Smith are set out at length in the reasons for judgment delivered by Robertson J.A. which are now conveniently reported at pp. 2 to 61 of [1975] 6 W.W.R., (hereinafter referred to as "the Report") and I am accordingly relieved of the task of restating them in detail. The case presented by the Crown is fully described at pp. 7 and 8 of the Report, and the essential facts appear to me to be that the appellants, who were jointly charged with "murder punishable by death", had been together in an automobile in the early hours of March 29, 1974, after having spent the previous evening drinking at a beer parlour and at the home of some friends. The evidence admitted at the trial indicates that they bore a grudge against the police and having talked of shooting a police officer, they took with them a loaded rifle and drove the car to the Town of Cloverdale where they intentionally drew themselves to the attention of the police by their method of driving and by the appellant Cockriell throwing a beer bottle out of the car through the window of the local Court House. When a police officer followed them in his police car with flashing lights Miller, who was driving, pulled over to the shoulder of the road and stopped. When the

ont puisé les mots «cruel et inusité», je suis néanmoins convaincu que ces deux derniers documents diffèrent tellement dans leur nature et leur portée que les jugements interprétant l'un ne peuvent réellement servir à interpréter l'autre. Compte tenu cependant de l'importance accordée dans les motifs du juge McIntyre à *Furman*, j'estime pertinent d'ajouter que depuis l'audition de ce pourvoi, la Cour suprême des États-Unis a statué dans plusieurs décisions, que [TRADUCTION] «la peine de mort ne constitue pas intrinsèquement une peine cruelle et inusitée, qui contrevient au 8^e et au 14^e amendements». Je me réfère plus particulièrement aux arrêts *Gregg v. Georgia*; *Roberts v. Louisiana*, et *Woodson et al. v. North Carolina*, tous prononcés le 2 juillet 1976, qui établissent notamment que l'imposition obligatoire de la peine de mort dans certains États contrevient auxdites dispositions de la Constitution.

Le juge Robertson expose soigneusement dans ses motifs de jugement, publiés aux pp. 2 à 61 de [1975] 6 W.W.R. (ci-après appelé «le recueil»), les circonstances entourant la mort du policier et le déroulement du procès conjoint des deux appelants devant le juge Kirke Smith. Je n'ai donc pas à reprendre ces points en détail. L'argumentation du ministère public est exposée aux pp. 7 et 8 du recueil et voici, à mon sens, les faits importants: les appelants, tous deux inculpés de «meurtre punissable de mort», voyageaient ensemble en automobile aux petites heures du 29 mars 1974. Ils avaient passé la soirée à boire dans une taverne et chez des amis. La preuve admise au procès révèle qu'ils en voulaient à la police et qu'ayant parlé de tuer un policier, ils se sont munis d'une carabine chargée, se sont rendus en voiture jusqu'à la ville de Cloverdale où ils ont intentionnellement attiré l'attention des policiers par leur façon de conduire et Cockriell a lancé de la voiture une bouteille de bière à travers la fenêtre du palais de justice. Voyant qu'un policier les suivait en voiture avec ses signaux d'urgence, Miller, qui était au volant, s'est rangé sur le bas-côté de la route et a arrêté l'automobile. Lorsque le policier est sorti de sa voiture pour demander à Miller de produire son permis de conduire et de sortir de l'automobile, Cockriell a appuyé sur la détente de la carabine

police officer got out of his car and came over to ask Miller for his driver's licence and then asked him to get out of his car, the loaded, cocked rifle which was resting on Miller's arms was discharged by Cockriell pulling the trigger. The bullet struck the police officer in the chest causing his death.

The defences of the two appellants are described at p. 4 of the Report of Mr. Justice Robertson's reasons as follows:

The theory of Miller's defence was that he never intended anything by what he said about shooting a policeman: it was drunk talk; that he was too drunk to form the intention to shoot the policeman; that he had no idea that Cockriell would ever do such a thing and that what Cockriell did was an accident; and that in fact Miller did not do it.

The theory of Cockriell's defence was that he never formed any intention to shoot a policeman: his talk was just drunk talk for the purpose of attracting attention; that he did not know the gun was loaded; that if he ever had any intention, he had abandoned it before the event; and that in any event the rifle was discharged by accident. (He did not rely on drunkenness.)

The defence of abandonment was advanced in this Court on Cockriell's behalf, but there is no evidence to indicate that he at any time communicated "his intention to abandon the common purpose" to his associate, Miller, and "timely communication" of such intention amounting, where "practicable and reasonable", to "unequivocal notice" has been characterized as "an essential element" of this defence by Sloan J.A. in *R. v. Whitehouse* (Elias Savage)¹⁸, at pp. 115 and 116. This view was recently unanimously adopted in the Court of Criminal Appeal in England in *R. v. Becerra and Cooper*, decided on December 16, 1975, but as yet unreported, and as I share it, I cannot find any ground for holding that Cockriell had abandoned his intention to associate himself with the criminal purpose before the crime was committed.

The learned trial judge refused to order separate trials for the appellants or to sever their defences,

¹⁸ [1941] 1 W.W.R. 112.

armée que Miller avait sur les bras. Le policier a reçu la balle en pleine poitrine et en est mort.

Le juge Robertson expose la défense des deux appelants, à la p. 4 du recueil:

[TRADUCTION] Selon la thèse de la défense de Miller, ce dernier n'était pas sérieux quand il parlait de tuer un policier: c'étaient des propos d'ivrogne, il était trop ivre pour former l'intention de tirer sur le policier; il n'avait jamais imaginé que Cockriell le ferait et l'acte de Cockriell était un accident; en fait ce n'est pas Miller qui a tiré.

Selon la thèse de la défense de Cockriell, il n'avait jamais formé l'intention de tirer sur un policier: il était ivre et ses propos ne visaient qu'à attirer l'attention; il ignorait que la carabine était chargée; s'il a eu quelque intention de tuer, il a abandonné cette idée avant l'incident; de toute façon la carabine s'est déchargée par accident. (Il n'a pas invoqué son ivresse).

On a invoqué devant cette Cour, à l'égard de Cockriell, l'abandon de l'intention, mais aucune preuve n'indique qu'il ait à quelque moment fait part à son associé Miller de [TRADUCTION] «son intention d'abandonner la fin commune»; or, le juge Sloan a défini, dans *R. v. Whitehouse* (Elias Savage)¹⁸, aux pp. 115 et 116, la [TRADUCTION] «communication en temps opportun» de cette intention équivalant, lorsque c'est [TRADUCTION] «possible et raisonnable», à un [TRADUCTION] «avis sans équivoque», comme étant un [TRADUCTION] «élément essentiel» de cette défense. Récemment, le 16 décembre 1975, la Court of Criminal Appeal, en Angleterre, a adopté cette opinion à l'unanimité dans *Rex v. Becerra and Cooper* (non encore publié), et puisque je partage cette opinion, j'estime que rien ne me permet de conclure que Cockriell a effectivement abandonné l'intention de participer à la réalisation de la fin criminelle avant la perpétration du crime.

Le savant juge de première instance a refusé d'ordonner des procès distincts pour les appelants

¹⁸ [1941] 1 W.W.R. 112.

and after a lengthy trial the jury convicted both Miller and Cockriell.

In appealing to the Court of Appeal the errors alleged in the conduct of the trial concerned a failure so to order separate trials and separate defences, alleged misdirection as to the admissibility and use of certain evidence, failure to review the theories of the defences and misdirection as to drunkenness in the case of Miller.

In the course of his reasons for judgment in the Court of Appeal, Robertson J.A. expressed the opinion that the trial judge should have instructed the jury specifically that

... Miller could, though otherwise guilty of the same offence, [*i.e.* murder] be convicted of manslaughter if the jury were of the opinion that, because of drunkenness, he was unable to form the necessary intent.

He went on to say:

However, in view of the fact that earlier the Judge had stated the proposition correctly, and of the fact that the evidence showed only some degree of effect on Miller of the beer that he had drunk, I cannot consider the error to be of significance.

Mr. Justice Robertson went on to say at p. 43 of the Report:

Limiting myself to the arguments presented, I can see no error in the charge on the verdicts that were open, except for the misdirection I have referred to with respect to Miller and drunkenness. However, in my consideration of the record to ascertain whether there are present any other grounds upon which either of the convictions ought to be set aside, there has occurred to me a point that, in my respectful opinion, indicates a misdirection of the jury by the learned trial Judge in his charge, particularly with respect to Miller.

This latter point concerned the interaction of s. 214 and s. 21 of the *Criminal Code* which reads as follows:

- 21.** (1) Every one is a party to an offence who
- (a) actually commits it,
 - (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it, or
 - (c) abets any person in committing it.

et de séparer leurs défenses, et, après un long procès, le jury a déclaré Miller et Cockriell coupables.

L'appel devant la Cour d'appel se fondait sur des prétendues erreurs dans la conduite du procès: le défaut d'ordonner des procès distincts et des défenses séparées, une directive prétendument erronée sur la question de la recevabilité et de l'utilisation de certaines preuves, le défaut d'analyser les thèses de chaque défense et une directive erronée relative à l'ivresse dans le cas de Miller.

Dans ses motifs de jugement en Cour d'appel, le juge Robertson a déclaré que le juge de première instance aurait dû indiquer précisément au jury que

[TRADUCTION] ... même s'il était à tous autres égards coupable de la même infraction [c.-à-d. de meurtre], Miller pouvait être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable si le jury concluait que, vu son état d'ivresse, il ne pouvait former l'intention requise.

Mais il a ajouté:

[TRADUCTION] Cependant, comme le juge avait déjà correctement exposé ce point au jury et comme la preuve révélait que Miller n'était pas très troublé par sa consommation de bière, je ne peux pas considérer l'erreur comme grave.

Le juge Robertson a ensuite déclaré, à la p. 43 du recueil:

[TRADUCTION] Si je m'en tiens à l'argumentation présentée, je ne vois dans l'exposé aucune erreur quant aux verdicts possibles, à l'exception de la directive erronée que j'ai mentionnée relativement à l'ivresse de Miller. Cependant, en étudiant attentivement le dossier en vue de déterminer si d'autres motifs justifieraient l'annulation de l'une ou l'autre des déclarations de culpabilité, j'ai relevé un point qui, à mon humble avis indique que le savant juge du procès a fait une erreur dans son exposé au jury, particulièrement en ce qui concerne Miller.

Cette remarque vise l'effet conjugué des art. 214 et 21 du *Code criminel*; voici le texte de l'art. 21:

- 21.** (1) Est partie à une infraction quiconque
- a) la commet réellement,
 - b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, ou
 - c) encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

This further ground which presented itself to Mr. Justice Robertson is summarized at pp. 44 and 45 of the Report where he says:

There is a marked difference between parts of s. 214(2) and parts of s. 21. The latter has not anywhere in it the words "by his own act". Section 214(2) uses the words "assisted", "counselled" and "procured", while s. 21(1) uses the words "aiding" and "abets". . . . Section 21(2) (which does use the word "assist") can have no application to the first class of murder in s. 214(2) because it is designed to make responsible as a party one who has not "by his own act" committed the offence and so is inconsistent with that class. Section 214(2) is, therefore, its own code and neither subsection of s. 21 can be applied to it. But there is nothing in s. 21 that is inconsistent with s. 214(3) and so s. 21 may be applied in a case of murder punishable otherwise than by death.

It follows that, where a person commits the murder of a police officer acting in the course of his duties but the case does not fall within s. 214(2), it will fall within s. 214(3) and the murder will be punishable by imprisonment for life.

In concluding his observations in this regard, Mr. Justice Robertson says of the trial judge at p. 50:

He later instructed the jury that the verdicts that it was open to them to find were guilty of murder punishable by death, guilty of manslaughter and not guilty. He said nothing about guilty of murder punishable by imprisonment for life being a verdict open to the jury in the case of Miller, and this was error, as I have shown.

The authorities to which reference is made in support of this argument are *R. v. Côté*¹⁹, and *R. v. Black*²⁰, both of which are concerned with the effect of s. 202 of the former *Criminal Code*

¹⁹ [1964] S.C.R. 358.

²⁰ [1966] 1 O.R. 683.

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entr'aider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction.

Le juge Robertson a expliqué, aux pp. 44 et 45 du recueil, comment il envisageait ce motif:

[TRADUCTION] Il y a une nette différence entre le par. 214(2) et l'art. 21. Ce dernier article n'utilise nulle part l'expression «par son propre fait». Le par. 214(2) emploie les mots «a aidé», «a conseillé» et «a incité», alors que le par. 21(1) emploie les termes «aider» et «encourager». . . . Le par. 21(2) (qui emploie le mot «entr'aider») ne peut s'appliquer à la première catégorie de meurtres du par. 214(2), parce qu'il vise à rendre partie à une infraction une personne qui n'a pas «par son propre fait» commis l'infraction ce qui est incompatible avec cette catégorie. Le par. 214(2) se suffit donc à lui-même et aucun des paragraphes de l'art. 21 ne peut s'y appliquer. Cependant, l'art. 21 n'est pas incompatible avec le par. 214(3) et il peut donc s'appliquer à un meurtre punissable autrement que par la peine de mort.

Il s'ensuit donc que dans le cas du meurtre d'un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions, qui ne relève pas du par. 214(2), le par. 214(3) est applicable et ce meurtre est punissable d'emprisonnement à perpétuité.

En conclusion, le juge Robertson a ajouté à propos de l'exposé du juge du procès (p. 50)

[TRADUCTION] Il a ensuite indiqué au jury qu'il pouvait rendre les verdicts suivants: coupable de meurtre punissable de mort, coupable d'homicide involontaire coupable ou non coupable. Il n'a pas informé le jury qu'il pouvait rendre, dans le cas de Miller, un verdict de culpabilité de meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité et cela, comme je l'ai démontré, constitue une erreur.

On a invoqué, à l'appui de cette thèse, *R. c. Côté*¹⁹, et *R. c. Black*²⁰, qui portent tous deux sur l'effet de l'art. 202 de l'ancien *Code criminel* (1953-54 (Can.), c. 51) et où, dans chaque cas, le meurtre

¹⁹ [1964] R.C.S. 358.

²⁰ [1966] 1 O.R. 683.

(1953-54 (Can.), c. 51) and in each of which the alleged murder had been committed in the course of robbery. With the greatest respect, I do not consider these authorities to be applicable to the present circumstances and I would not wish to be taken as affirming the reasons for judgment of the majority of the Court of Appeal in this regard.

In any event, after a careful review of all the grounds of appeal taken by each appellant, Mr. Justice Robertson saw fit to apply the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and found that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred. The following passage appears at p. 59 of the Report where he said:

Earlier in these reasons I set out a number of passages from the evidence of the two accused given under oath in open court at the trial and I followed them with a summary that began with this sentence: "This evidence of the accused themselves (with the gaps filled in by other evidence about which there is no dispute) presents a damning *prima facie* picture of a deliberate murder". Without more, that body of evidence is such that no jury properly instructed could reach any conclusion but that both accused were guilty. It is so complete that nothing in the post-arrest statements that was not either repeated or confirmed in the accuseds' evidence at trial added anything of an inculpatory nature to which there was any substantial significance.

In applying the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, Mr. Justice Robertson found that the Crown had discharged the onus which is now generally accepted as the test in such cases and which was stated by this Court in *Brooks v. The King*²¹, and recently restated by Mr. Justice Spence in *Ambrose v. The Queen*, as yet unreported²²:

... the onus is upon the Crown to satisfy the Court that the jury, charged as it should have been, could not, as reasonable men, have done otherwise than find the appellant guilty.

The penultimate paragraph of Mr. Justice Robertson's reasons for judgment, with which I agree, is phrased as follows:

²¹ [1927] S.C.R. 633.

²² Since reported 30 C.C.C. (2d) 97.

allégué avait été commis au cours d'un vol qualifié. Avec égards, je ne pense que cette jurisprudence s'applique aux circonstances de l'espèce et je ne veux pas qu'on croit que je souscris aux motifs du jugement de la majorité de la Cour d'appel à ce sujet.

Quoi qu'il en soit, après un examen attentif des moyens d'appel de chaque appellant, le juge Robertson a jugé approprié d'appliquer le sous-alinéa 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* et conclu qu'aucun tort important ni déni de justice ne s'était produit. On trouve ce qui suit à la p. 59 du recueil:

[TRADUCTION] Plus haut dans ces motifs, j'ai cité certains extraits des témoignages des deux accusés, faits sous serment à l'audition du procès, et je les ai résumés en commençant par la phrase suivante: «Ces témoignages des accusés eux-mêmes (dont les lacunes ont été comblées par d'autres parties non contestées de la preuve) établissent *prima facie* un meurtre prémédité». Cette partie de la preuve est tellement accablante qu'aucun jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu conclure autrement qu'à la culpabilité des deux accusés. Cette preuve est tellement complète que rien dans les déclarations faites après l'arrestation qui n'a pas été répété ou confirmé par les accusés au procès n'apporte d'élément nouveau de nature incriminante d'une importance quelconque.

En appliquant les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, le juge Robertson a conclu que le ministère public s'était acquitté de la charge de la preuve qui est maintenant généralement acceptée comme critère dans de tels cas. Cette Cour l'a définie dans *Brooks c. Le Roi*²¹, définition récemment reprise par le juge Spence dans *Ambrose c. La Reine*, non encore publié²²:

[TRADUCTION] ... il incombe au ministère public de convaincre la Cour que si les jurés avaient reçu les directives qu'ils auraient dû recevoir, ils n'auraient pu raisonnablement faire autrement que trouver l'appellant coupable.

Dans l'avant-dernier alinéa de ses motifs de jugement, auxquels je souscris, le juge Robertson s'est exprimé comme suit:

²¹ [1927] R.C.S. 633.

²² Maintenant publié 30 C.C.C. (2d) 97.

I can now answer the questions that I put to myself and my answers are these. Had there been no misdirection; (i) the verdicts would necessarily have been the same; (ii) the jury, as reasonable men, could not have done otherwise than find the accused guilty; and (iii) there is no possibility that the jury would have had a reasonable doubt as to the guilt of either of the accused.

For all these reasons I would dismiss this appeal.

In conclusion it appears to me to be desirable to consider the "transitional" provisions of the *Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976*, being the statute repealing the death penalty provisions of the *Criminal Code* which was enacted after the hearing of these appeals and to which reference is made in the earlier part of these reasons. The relevant provisions are found in s. 25(1) and (2) of that Act.

Section 25(1) reads as follows:

25. (1) If, on the day this Act comes into force, any person is under a sentence of death for murder punishable by death that has not been commuted, that sentence thereupon becomes a sentence of imprisonment for life for first degree murder without eligibility for parole until he has served twenty-five years of his sentence.

This section applies to any person under sentence of death at the time when the Act "comes into force" whose sentence has not been commuted, and I think that such a person is to be taken as being one who has either not appealed against conviction or whose rights to appeal have been exhausted or abandoned before seeking to invoke the authority of the Governor in Council to commute the sentence in accordance with s. 684(1) of the *Code*. On the other hand the case of persons like the appellants who have appealed and whose appeals have not been disposed of until after the coming into force of the Act, is separately dealt with under s. 25(2) which in my view applies directly and with full force to the present case. That section reads as follows:

25. (2) If, after the coming into force of this Act, an appeal against conviction by a person under a sentence of death upon the coming into force of this Act for murder punishable by death is dismissed, that sentence thereupon becomes a sentence of imprisonment for life

[TRADUCTION] Je peux donc répondre aux questions que je m'étais préalablement posées: s'il n'y avait eu aucune directive erronée, (i) les verdicts auraient été nécessairement les mêmes, (ii) le jury n'aurait pu raisonnablement faire autrement que déclarer les appelants coupables, et (iii) le jury n'aurait pu entretenir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'un ou l'autre des accusés.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour tous ces motifs.

En conclusion, il me semble approprié d'étudier les dispositions «transitoires» de la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, (n° 2)* qui a abrogé les dispositions relatives à la peine de mort du *Code criminel*. Il s'agit de dispositions édictées après l'audition de ces pourvois et que j'ai mentionnées au début de ces motifs. Les dispositions pertinentes de cette Loi sont les par. 25(1) et (2).

Voici le texte du par. 25(1):

25. (1) Dès l'entrée en vigueur de la présente loi, toute peine de mort prononcée pour meurtre punissable de mort, qui n'a pas été commuée avant cette date, l'est en un emprisonnement à perpétuité pour meurtre au premier degré, assorti d'un délai préalable à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans.

Cet article s'applique à toute personne condamnée à la peine de mort avant «l'entrée en vigueur» de la Loi et dont la sentence n'a pas été commuée. A mon avis, cette disposition vise une personne qui n'a pas interjeté appel de sa condamnation ou qui a épuisé ou abandonné tout recours avant de demander au gouverneur en conseil la commutation de la peine en conformité du par. 684(1) du *Code*. En revanche, le cas de personnes qui, comme les appelants, ont interjeté appel et dont les appels n'ont pas été réglés avant l'entrée en vigueur de la Loi, relève du par. 25(2), qui s'applique pleinement à mon avis en l'espèce. Cet article se lit comme suit:

25. (2) Après l'entrée en vigueur de la présente loi, toute peine de mort prononcée, avant cette date, pour meurtre punissable de mort est, dès le rejet de tout appel interjeté par le condamné de sa déclaration de culpabilité, commuée en un emprisonnement à perpétuité pour

for first degree murder without eligibility for parole until he has served twenty-five years of his sentence.

The Act of which this section is a part came into force on July 26, 1976, (*Canada Gazette*, Part II, vol. 110, No. 15), at which time an appeal was outstanding against the convictions of the two appellants for "murder punishable by death" and they were both "under sentence of death". It follows that if these appeals are dismissed the sentences of death will thereupon become sentences of imprisonment for life for first degree murder without eligibility for parole *until they have each served twenty-five years of their respective sentences.*

There is no doubt that the enactment of s. 25 and the repeal of ss. 214 and 218 of the *Criminal Code* by ss. 4 and 5 of the same Act makes any discussion of whether or not punishment by death is cruel and unusual an academic one in so far as future cases are concerned, but the contention advanced on behalf of the appellants that ss. 214 and 218 of the *Code* as they stood at the time of the murder and of the trial and both appeals were made inoperative by s. 2(b) of the *Bill of Rights*, is not disposed of by s. 25 of the new Act.

As I have already indicated, the indictable offence of "murder punishable by death" was created by s. 218(1) of the *Code* as it stood before the 1976 amendment in the following terms:

218. (1) Every one who commits murder punishable by death is guilty of an offence and shall be sentenced to death.

and the former s. 214 which defined the type of murder punishable by death also provided in its concluding section 214(3) that "all murder other than murder punishable by death is punishable by imprisonment for life".

If effect were given to the argument that ss. 214 and 218 of the *Code* had been rendered inoperative by the provisions of s. 2(b) of the *Bill of Rights*, then it would follow that the Court, acting under the law as it then existed, should "allow the appeal, quash the conviction for murder punishable by death and substitute a conviction for murder punishable by life imprisonment", which is

meurtre au premier degré, assorti d'un délai préalable à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans.

Cet article fait partie d'une loi qui est entrée en vigueur le 26 juillet 1976 (*Gazette du Canada*, partie II, vol. 110 n° 15). A cette époque, les appelants avaient interjeté appel de leur condamnation pour «meurtre punissable de mort» et étaient tous deux condamnés à mort. Il s'ensuit que si les pourvois sont rejetés les peines de mort seront commuées en un emprisonnement à perpétuité pour meurtre au premier degré et assorti d'un délai préalable à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans respectivement.

Il est certain que la promulgation de l'art. 25 et l'abrogation des art. 214 et 218 du *Code criminel* par les art. 4 et 5 de la même loi font de la question du caractère cruel et inusité de la peine de mort une question purement théorique pour l'avenir, mais l'argument avancé par les appelants, à savoir que les art. 214 et 218 du *Code* en vigueur à l'époque du meurtre, du procès et de leurs deux appels étaient rendus inopérants par le par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, n'est pas réglé par l'art. 25 de la nouvelle loi.

Comme je l'ai déjà indiqué, c'est par l'art. 218(1) du *Code* en vigueur avant la modification de 1976, que l'acte criminel de «meurtre punissable de mort» a été créé. Voici les termes de cet ancien article:

218. (1) Quiconque commet un meurtre punissable de mort est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à mort.

et l'ancien art. 214 qui définissait les meurtres punissables de mort, prévoyait également au par. (3) que «tout meurtre autre qu'un meurtre punissable de mort est passible d'emprisonnement à perpétuité».

Si l'on admet que les art. 214 et 218 du *Code* ont été rendus inopérants par le par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, la Cour devrait donc, se fondant sur le droit en vigueur à l'époque, «accueillir le pourvoi, infirmer la condamnation pour meurtre punissable de mort et la remplacer par une condamnation à l'emprisonnement à perpétuité», ce qui correspond à l'ordonnance deman-

the order sought by the appellants under this head of their appeal.

In the result, by allowing the appeal on this ground, the Court would have performed the function of rendering ss. 214 and 218 inoperative, which end was achieved by Parliament when it repealed these sections.

It will be observed that s. 25(2) only applies to "a person under sentence of death . . . for murder punishable by death" and it is only such a person whose sentence "thereupon becomes a sentence of imprisonment for life for first degree murder without eligibility for parole until he has served twenty-five years of his sentence". If s. 2(b) of the *Bill of Rights* had already had the effect of rendering ss. 214 and 218 inoperative, then these appellants could not have been found guilty of "murder punishable by death" and, as the law then stood, the only sentence which could have been imposed would have been one of imprisonment for life under s. 214(3). The question therefore becomes one of first importance to the appellants because if these appeals were to be allowed rather than dismissed, and if the convictions "for murder punishable by death" were to be quashed, there would be no provision rendering either of the appellants *ineligible* "for parole until he had served twenty-five years of his sentence". Whether or not the appellants are to be denied parole for the first twenty-five years of their sentences therefore depends upon whether or not ss. 214 and 218 of the *Code* were rendered inoperative by s. 2(b) of the *Bill of Rights*, and the answer to this latter question is by no means an academic one.

It is for these reasons that I have considered it important, notwithstanding the provisions of the 1976 Act, to develop the argument that when the provisions of s. 2(b) of the *Bill* are read in light of those of s. 1(a), it becomes apparent that Parliament did not thereby intend to create any right in the individual not to be deprived of life if he were duly convicted of "murder punishable by death", on the ground that such deprivation constituted cruel and unusual treatment.

BEETZ J.—I do not find it necessary, for the purpose of this case, to express any view as to

dée par les appelants sous ce chef dans le présent pourvoi.

En définitive, en accueillant le pourvoi sur ce point, la Cour rendrait les art. 214 et 218 inopérants, ce qui correspond à ce qu'a fait le Parlement en abrogeant ces articles.

Soulignons que le par. 25(2) ne s'applique que dans le cas de la «peine de mort prononcée . . . pour meurtre punissable de mort» et ce n'est que dans ce cas que la peine de mort est «commuée en un emprisonnement à perpétuité pour meurtre au premier degré, assorti d'un délai préalable à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans». Si le par. 2(b) de la *Déclaration canadienne des droits* avait déjà eu pour effet de rendre inopérants les art. 214 et 218, les appelants n'auraient donc pas pu être déclarés coupables de «meurtre punissable de mort» et, selon la loi en vigueur à l'époque, la seule sentence qu'on pouvait imposer était l'emprisonnement à perpétuité en vertu du par. 214(3). Cette question prend donc une grande importance pour les appelants car si ces pourvois devaient être accueillis au lieu d'être rejetés et si les condamnations pour «meurtre punissable de mort» devaient être infirmées, aucune disposition ne viendrait leur imposer «un délai préalable à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans». La question de savoir si les appelants peuvent ou non obtenir une libération conditionnelle avant d'avoir purgé vingt-cinq ans de leur sentence dépend donc de l'effet du par. 2(b) de la *Déclaration canadienne des droits* sur les anciens art. 214 et 218 du *Code* et cette question est loin d'être purement théorique.

C'est pour ces motifs que j'ai estimé important, malgré les dispositions de la Loi de 1976, d'exposer que lorsque les dispositions du par. 2(b) de la *Déclaration* sont lues en corrélation avec celles du par. 1(a), il devient évident que le Parlement n'entendait pas accorder à l'individu régulièrement déclaré coupable «de meurtre punissable de mort» le droit de ne pas être privé de la vie, au motif que cela constituerait un traitement cruel et inusité.

LE JUGE BEETZ—Je n'estime pas nécessaire, aux fins de ce pourvoi, de me prononcer sur la

whether or not s. 2 of the *Canadian Bill of Rights* creates new rights or as to whether or not it is subordinate to s. 1.

However, I do agree with Mr. Justice Ritchie that s. 1 throws some light on s. 2, that the words "cruel and unusual" in s. 2(b) are to be read conjunctively and refer to "treatment or punishment" which is both cruel and unusual and that punishment by death for murder is not contrary to s. 2(b).

I also agree with Mr. Justice Ritchie on the effect of the *Criminal Law Amendment Act (No. 2)*, 1976 and on the merits of this case.

I would dismiss the appeals.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant, John Harvey Miller: Rankin, Robertson & Co., Vancouver.

Solicitors for the appellant, Vincent John Roger Cockriell: Deverell, Harrop & Co., Vancouver.

Solicitors for the respondent: Rowan & Cram, Vancouver.

question de savoir si l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* crée de nouveaux droits ni sur la question de savoir si l'art. 1 doit prévaloir.

Cependant, je partage l'opinion de M. le juge Ritchie que l'art. 1 jette de la lumière sur l'art. 2, que les mots «cruel et inusité» au par. 2b) doivent être pris en conjonction et qualifient les mots «traitement ou peine» qui sont à la fois cruels et inusités et que la peine de mort pour meurtre n'enfreint pas le par. 2b).

Je me range également à l'avis du juge Ritchie quant à l'effet de la *Loi de 1976 modifiant le Droit pénal*, (n° 2) et à sa décision sur le fond de l'affaire.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appellant, John Harvey Miller: Rankin, Robertson & Co., Vancouver.

Procureurs de l'appellant, Vincent John Roger Cockriell: Deverell, Harrop & Co., Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Rowan & Cram, Vancouver.

Richard P. Ambrose *Appellant*;
and
Her Majesty The Queen *Respondent*;

...
James Lawrence Hutchison *Appellant*;
and
Her Majesty The Queen *Respondent*.

1976: May 4; 1976: July 12.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NEW BRUNSWICK, APPEAL DIVISION

Criminal law — Capital murder — Trial — Charge to jury — Errors in charge — Circumstantial evidence.

Appellants were convicted of capital murder. The victims were two policemen who were last heard of when responding to a call to check a car in connection with the investigation of a kidnapping and whose dead bodies were discovered two days later. In the Appeal Division appellants urged eighteen grounds of appeal with two additional grounds as to the appellant Ambrose. The Appeal Division considered that the trial judge had made certain errors *viz.* (1) by failing to reprimand Crown Counsel for his use of the word "fiction" and not instructing the jury to disregard it, (2) by not more fully detailing the evidence not admissible against each accused, (3) by stating as facts conclusions not supported by the evidence, (4) by not more fully enumerating gaps in the Crown's case and (5) in admitting evidence and statements *inter alia* of an intended kidnapping by Hutchison. However despite the finding of these errors the Appeal Division came to the conclusion that no jury properly instructed could have done otherwise than find appellants guilty and that there had been no miscarriage of justice.

Held: The appeals should be dismissed.

The Supreme Court like the Appeal Division was entitled to take cognizance of the mass of circumstantial evidence pointing well nigh irrefutably to the guilt of the accused and that despite such evidence neither accused

Richard P. Ambrose *Appellant*;
et
Sa Majesté La Reine *Intimée*;

...
James Lawrence Hutchison *Appellant*;
et
Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1976: le 4 mai; 1976: le 12 juillet.

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

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Meurtre qualifié — Procès — Directives au jury — Erreurs dans les directives — Preuve indirecte.

Les appelants ont été déclarés coupables de meurtre qualifié. Les victimes étaient deux policiers qui ont été entendus pour la dernière fois alors qu'ils répondaient à l'ordre d'intercepter une voiture à l'occasion d'une enquête sur un enlèvement. Leurs cadavres ont été découverts deux jours plus tard. Devant la Division d'appel, les appelants ont invoqué dix-huit moyens plus deux autres, concernant seulement Ambrose. La Division d'appel a jugé que le juge du procès avait commis certaines erreurs, à savoir: (1) il a omis de réprimander le substitut du procureur général pour son emploi du terme «fiction» et n'a pas dit au jury de faire abstraction de ce terme, (2) il n'a pas suffisamment précisé quelles preuves n'étaient pas admissibles à l'égard de l'un ou de l'autre accusé, (3) il a qualifié de faits des conclusions qui n'étaient pas étayées par la preuve, (4) il n'a pas suffisamment insisté sur les failles de l'argumentation du ministère public et (5) il a jugé recevables une preuve et des déclarations, indiquant notamment que Hutchison avait eu l'intention de commettre un enlèvement. Cependant, malgré la constatation de ces erreurs, la Division d'appel a statué qu'aucun jury ayant reçu les directives appropriées ne pouvait conclure autrement qu'à la culpabilité des appelants et qu'il n'y avait eu aucune erreur judiciaire.

Arrêt: Les pourvois doivent être rejetés.

A l'instar de la Division d'appel, la Cour suprême a le droit de prendre en considération le grand nombre de preuves indirectes qui indiquent presque irréfutablement la culpabilité des accusés, et le fait qu'en dépit d'une

offered any evidence in defence. The Appeal Division was entitled to apply s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and properly found that there had been no substantial wrong or miscarriage of justice.

Colpitts v. R., [1965] S.C.R. 739 referred to.

APPEALS from a judgment of the Supreme Court of New Brunswick, Appeal Division¹, dismissing appeals from appellants' convictions by Dickson J. with jury upon two charges of capital murder. Appeals dismissed.

J. E. Warner, Q.C., for the appellants.

Donal Friel, Q.C., and *C. A. Dumas*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—These are appeals from the judgments of the Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick both pronounced on July 18, 1975. By those judgments, the said Appeal Division dismissed the appeal of each of the appellants from their conviction by Dickson J. and a jury on April 1, 1975 upon two charges of capital murder contrary to s. 218 of the *Criminal Code*.

Reasons for judgment in the Appeal Division were given by Limerick J.A., and the learned justice on appeal set out the facts in a very complete and detailed fashion. The judgment in the *Ambrose* case is now reported at (1975), 7 A.P.R. 376, and in the *Hutchison* case at (1975), 7 A.P.R. 327, and also at (1976), 26 C.C.C. (2d) 423. I repeat that statement of facts:

On the night of December 13th, 1974, Mrs. Sara Stein, mother of Mr. Simon Stein, sometimes referred to as Cy Stein (a restaurant proprietor), and the 14 year old son of Cy Stein, Raymond Stein, were driven to Mr. Stein's home from his restaurant about 10:30 p.m. by an employee of Mr. Stein, Jean Stone, who let them out of her automobile and immediately returned to the restaurant. Both the home of Mr. Stein and the restaurant are in the City of Moncton, New Brunswick.

¹ (1975), 7 A.P.R. 376; (1975), 7 A.P.R. 327; (1975), 26 C.C.C. (2d) 423.

telle preuve, ces derniers n'ont produit aucune preuve en défense et n'ont cité aucun témoin. La Division d'appel était autorisée à appliquer l'art. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* et a décidé à bon droit qu'il ne s'était produit en l'espèce aucun tort important ni erreur judiciaire.

Arrêt mentionné: *Colpitts c. R.*, [1965] R.C.S. 739.

POURVOIS interjetés d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick¹, rejetant les appels que les appelants avaient interjetés des déclarations de culpabilité prononcées contre eux par le juge Dickson et un jury, sur deux accusations de meurtre qualifié. Pourvois rejetés.

J. E. Warner, c.r., pour les appelants.

Donal Friel, c.r., et *C. A. Dumas*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été prononcé par

LE JUGE SPENCE—Ces pourvois attaquent deux arrêts rendus le 18 juillet 1975 par la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick. Ils rejetaient l'appel que chacun des appelants avait interjeté des déclarations de culpabilité prononcées contre eux par le juge Dickson et un jury, le 1^{er} avril 1975, sous deux accusations de meurtre qualifié portées en vertu de l'art. 218 du *Code criminel*.

Le savant juge Limerick a formulé les motifs du jugement de la Division d'appel et il y relate en détail tous les faits. L'arrêt *Ambrose* est maintenant publié à (1975), 7 A.P.R. 376, et l'arrêt *Hutchison* à (1975), 7 A.P.R. 327 ainsi qu'à (1976), 26 C.C.C. (2d) 423. Je reprends ici cet exposé des faits:

[TRADUCTION] Dans la soirée du 13 décembre 1974, M^{me} Sara Stein, la mère de M. Simon Stein, connu également sous le nom de Cy Stein (le propriétaire d'un restaurant), et le fils de ce dernier, Raymond Stein, âgé de 14 ans, s'étaient fait reconduire en voiture du restaurant de M. Stein à son domicile, vers 22 h 30, par une employée de M. Stein, Jean Stone, qui a regagné le restaurant immédiatement après les avoir déposés. La maison de M. Stein et son restaurant sont situés dans la ville de Moncton au Nouveau-Brunswick.

¹ (1975), 7 A.P.R. 376; (1975), 7 A.P.R. 327; (1975), 26 C.C.C. (2d) 423.

Raymond Stein unlocked the front door of the residence and when he and his grandmother entered they were confronted by two masked men of short stature both armed with revolvers, one of whom asked where "Cy" was. On being informed by Mrs. Stein her son was at the restaurant they proceeded to bind her wrists and tie her to the railing of the stairs leading upstairs. They then left the house by a side door on the ground floor taking Raymond Stein with them. Before doing so, they placed a balaclava or ski hat over the boy's head backwards. One man stayed with the boy at the street while the other left and returned with an automobile. The front seat of the car was pushed ahead and the boy and one of the men got into the rear seat of the car which was fairly roomy. The seats were covered with fabric. The boy heard conversation between two people only. They then drove him to an apartment where they kept him for several hours with the balaclava still over his head.

The head covering did not completely cut off the vision of the boy because of the nature of the material of which it was made. He could distinguish light and darkness and indistinct forms. Raymond was able to trace part of the route followed by the vehicle in which he was being conveyed. It went to the corner of Mount Royal Boulevard and Bessborough Avenue, turned right on Mount Royal, then left on St. George Boulevard past Centennial Place thence to the New Brunswick Power Plant and Edinborough Drive and past an A & W take-out restaurant on Mountain Road.

En route one stop was made during which one of the kidnappers took Raymond from the back seat to a telephone attached to the side of the building. One man dialed Mr. Stein's number and there was a conversation by the boy and by the man with Mr. Stein.

The next stop was at an apartment. The kidnappers took the boy through an entrance door and up two flights of stairs. Raymond testified the stairs were not wood or carpeted but more like concrete. They then went through a hallway into a room where the boy sat on the carpeted floor. There was a window in the room. The boy had considerable conversation with the men, most of which was with the man who had been in the back seat with him. One of the men got \$10 from the boy, left the apartment and returned with some cooked chicken and coke. The man who stayed with the boy while the other went out also sat on the floor. After several hours all three left the apartment by a rear door and got into a car again. The boy got into the back seat, the same as he had done before, by having the front seat moved ahead.

Raymond Stein a ouvert la porte de devant et lorsque lui et sa grand-mère sont entrés, ils se sont trouvés face à face avec deux hommes masqués, de petite taille et armés de revolvers. L'un d'eux demanda où était «Cy». M^{me} Stein leur dit que son fils était au restaurant. Ils lui ont alors lié les poignets et l'ont attachée à la rampe de l'escalier menant à l'étage supérieur. Ils ont ensuite quitté la maison par une porte latérale située au rez-de-chaussée, entraînant avec eux Raymond Stein. Avant de sortir, ils avaient recouvert la tête du garçon d'un passe-montagne ou d'une cagoule de ski sens devant derrière. A l'extérieur, un des hommes est resté auprès de l'enfant pendant que l'autre allait chercher une automobile. Après avoir basculé le dossier du siège avant de la voiture, le garçon et l'un des hommes ont pris place à l'arrière de la voiture qui était assez spacieuse. La banquette était recouverte de tissu. L'enfant n'a entendu converser que deux personnes. Ils l'ont alors conduit à un appartement où ils l'ont séquestré pendant plusieurs heures, sans lui retirer la cagoule.

La nature du tissu de la cagoule ne bloquait pas complètement la vision de l'enfant. Il lui était possible de distinguer la clarté de l'obscurité, ainsi que des silhouettes. Raymond a pu retracer partiellement le trajet de l'automobile qui l'emmenait. A l'angle du boulevard Mont Royal et de l'avenue Bessborough, l'automobile a tourné à droite sur le boulevard Mont Royal puis à gauche sur le boulevard Saint-George jusqu'à la place Centennial. De là, elle s'est dirigée vers le New Brunswick Power Plant et la promenade Edinborough, passant, chemin Mountain, devant un restaurant A & W.

A la seule halte en cours de route, un des ravisseurs a fait sortir Raymond de l'automobile pour le mener à un téléphone fixé au mur d'un immeuble. Le ravisseur composa le numéro de M. Stein et l'enfant et le ravisseur ont parlé à ce dernier.

Les ravisseurs ont ensuite conduit l'enfant à un appartement. Ils lui ont fait franchir une porte d'entrée et deux volées d'un escalier. Selon le témoignage de Raymond, il s'agissait d'un escalier en béton plutôt que d'un escalier en bois ou recouvert de tapis. Ils ont ensuite traversé une entrée jusque dans une pièce où l'enfant s'est assis sur le tapis. La pièce avait une fenêtre. L'enfant a conversé longuement avec les hommes, mais surtout avec celui qui était avec lui à l'arrière de l'automobile. Avec \$10 que lui avait donnés l'enfant, un des hommes a quitté l'appartement et y est revenu un peu plus tard avec du poulet frit et du coca-cola. Pendant l'absence de ce dernier, l'autre ravisseur a imité l'enfant et s'est assis par terre. Quelques heures plus tard, tous trois ont quitté l'appartement par une porte de derrière et ils ont à

The rear seat was roomy and the seat was fabric covered as before.

After leaving the apartment the car was driven to the Riverview Mall across the river from Moncton by way of the causeway. One man was in the back seat with the boy and he did not know if there was anyone in the front seat besides the driver or which man was in the back seat with him as there was no talking.

The car stopped past the Riverview Mall and they waited in the car until Mr. Stein came in his Thunderbird car and dropped \$15,000 in \$10 bills contained in a canvas bag some distance ahead of the kidnappers' car. Mr. Stein then drove forward about 100 yards and stopped. The car in which the boy was held was driven forward to where Mr. Stein had dropped the money in the ditch and the boy was then released. When he got halfway to his father's car he took off the head covering. Mr. Stein and his son then drove back to the restaurant.

Mrs. Sara Stein, 15 or 20 minutes after being tied up, worked her wrists free and called Mr. Stein at the restaurant who immediately drove home where, shortly after arriving, he received a telephone call from a man whom he was then unable to identify; he also on the same occasion talked to his son on the phone. As a result of the phone call he went back to the restaurant to see how much money he had there. While at the restaurant he received a second telephone call from the same man, following which Mr. Stein telephoned Mr. Milton Palmer, Manager of the Bank of Nova Scotia, and arranged for Mr. Palmer to attend at his branch of the Bank to obtain \$15,000 for Mr. Stein who then returned to his residence where he received a third telephone call from one of the kidnappers. After this call Mr. Palmer and his bank accountant delivered \$15,000 in \$10 bills to Mr. Stein at his residence, having first dictated the serial numbers of a number of the bills on the tapes of two dictation machines.

Shortly after the Manager left Mr. Stein's residence the latter received a fourth telephone call at about 3:30 a.m. during which he was instructed to drop off the money which was enclosed in the canvas bag in a ditch just west of the Riverview Mall across the river south of Moncton.

The last two telephone calls were monitored by one of the Moncton policemen at the New Brunswick Telephone Company building with the aid of Telephone

nouveau pris place dans une automobile. Encore une fois, il a fallu basculer le siège avant pour permettre à l'enfant de prendre place sur la banquette arrière. Comme auparavant, l'arrière de l'automobile était spacieux et la banquette était recouverte de tissu.

Après avoir quitté l'appartement, l'automobile a emprunté l'autoroute jusqu'à Riverview Mall situé en face de Moncton de l'autre côté de la rivière. Un homme était assis à côté de l'enfant sur la banquette arrière et ce dernier ne sait pas si le siège du passager était occupé; il ne sait pas non plus lequel des hommes était assis à ses côtés puisque personne ne parlait.

La voiture s'est arrêtée après avoir dépassé le Riverview Mall et ils ont entendu M. Stein qui est arrivé au volant de son automobile Thunderbird et a déposé à quelque distance à l'avant de l'automobile des ravisseurs un sac en toile contenant une rançon de \$15,000, en coupures de \$10. M. Stein a ensuite immobilisé son automobile environ 100 verges plus loin. L'automobile des ravisseurs a alors avancé jusqu'à l'endroit du fossé où M. Stein avait déposé la rançon. Ils ont alors relâché l'enfant. A mi-distance des deux voitures, l'enfant a retiré la cagoule. M. Stein et son fils sont ensuite rentrés au restaurant.

Quinze ou vingt minutes après avoir été attachée, M^{me} Sara Stein a pu se libérer et appeler M. Stein qui s'est immédiatement rendu chez lui où, peu après son arrivée, il a reçu un appel téléphonique d'un homme qu'il n'a pu alors identifier; au cours de cet appel, il a également parlé à son fils. Après avoir raccroché, il est retourné au restaurant pour voir quelle somme d'argent s'y trouvait. Au restaurant, il a reçu un deuxième appel téléphonique du même homme, à la suite duquel M. Stein a téléphoné à M. Milton Palmer, le gérant de la Banque de Nouvelle-Écosse, qui a obtenu pour lui, à sa succursale, la somme de \$15,000. Après cela, M. Stein est rentré chez lui et a reçu un troisième appel téléphonique d'un des ravisseurs. Après cet appel, M. Stein a reçu chez lui M. Palmer et son comptable qui lui ont versé la somme de \$15,000 en coupures de \$10, ayant pris soin de dicter auparavant sur deux bandes magnétiques les numéros de série d'un certain nombre de coupures.

Peu de temps après que le banquier eut quitté la maison de M. Stein, ce dernier a reçu, vers 3 h 30, un quatrième appel téléphonique au cours duquel on lui a ordonné de déposer le sac en toile contenant la rançon dans un fossé situé immédiatement à l'ouest du Riverview Mall de l'autre côté de la rivière, au sud de Moncton.

Sur autorisation de M. Stein, un agent de la sûreté municipale de Moncton a enregistré les deux derniers appels téléphoniques à l'édifice de la New Brunswick

Company technicians and with the consent of Mr. Stein. There were some discrepancies in the evidence as to the exact time of the various telephone calls which can be accounted for by the fact that the wrist watches of the witnesses were not synchronized.

Mr. Stein then proceeded to take the money in his dark brown Thunderbird car across the causeway to Riverview, then turned right or westerly along the Salisbury or Coverdale Road about one mile to the Riverview Mall. He stopped the car about 100 yards past the Mall and dropped the bag of money out of the right door of the Thunderbird into the ditch and drove ahead a short distance, stopped the car and waited until his son Raymond Stein came forward and got into the Thunderbird car. Mr. Stein then turned the car and drove easterly along the Salisbury Road and returned to the restaurant.

The Moncton Police failed to notify the Royal Canadian Mounted Police, who had jurisdiction in the area surrounding Moncton including the Riverview area, of the kidnapping until about 5:30 a.m. of the morning following the kidnapping; as a result no road blocks were set up until after the boy was released.

In spite of the fact that the last telephone conversation lasted for seven minutes from 3:30 to 3:37 a.m. or from 3:37 to 3:44 a.m., depending upon from whose watch the time was taken, the location from which the call was made was not traced at the telephone office and the Moncton Police failed to have police cars in the Riverview Mall area until Mr. Stein was returning home with his son.

Four police cars were dispatched to the Mall area, two of which met and passed Mr. Stein's Thunderbird east of the Mall on its way back to the restaurant.

One police car parked in a private driveway just east of the Mall; a second proceeded to set up a road block west of the Mall, and a third police car, occupied by the two now deceased police officers, Cpl. Bourgeois and Cst. O'Leary, went to an area east of the first above-mentioned police car. Each of the deceased was armed with a revolver and there was a shotgun in the car.

Detectives Cairns, Cassidy and Cudmore, occupants of the police car parked east of the Mall, observed a 1968 to 1970 two door Cadillac car with a light beige body and dark top following a blue Dodge which latter car they had observed passing them twice before.

Telephone Company avec l'aide des techniciens de cette dernière. Il y a quelques contradictions dans la preuve sur l'heure exacte des divers appels téléphoniques, ce qui s'explique par le fait que les montres des témoins n'étaient pas synchronisées.

M. Stein est allé déposer la rançon au volant de sa Thunderbird de couleur brun foncé. Il a emprunté l'autoroute jusqu'à Riverview où il a tourné à droite, vers l'ouest, sur le chemin Salisbury ou Coverdale, jusqu'au Riverview Mall à environ un mille de là. Il s'est arrêté à environ 100 verges du Riverview Mall et a déposé dans le fossé, par la portière droite, le sac contenant la rançon; il a ensuite avancé sur une courte distance, a immobilisé son automobile et attendu que son fils Raymond s'avance et le rejoigne. En compagnie de son fils, M. Stein a fait demi-tour, empruntant cette fois le chemin Salisbury vers l'est. Ils ont regagné le restaurant. La sûreté municipale de Moncton n'avait signalé l'enlèvement à la Gendarmerie Royale du Canada, qui avait juridiction sur la région périphérique de Moncton, y compris la région de Riverview, qu'aux environs de 5 h 30 le lendemain matin; par conséquent les premiers barrages ont été établis seulement après que l'enfant eut été relâché.

Bien que la dernière conversation téléphonique ait duré sept minutes, de 3 h 30 à 3 h 37 ou de 3 h 37 à 3 h 44, selon les montres, la compagnie de téléphone n'a pu déterminer la provenance de l'appel et la sûreté municipale de Moncton n'a pu intervenir dans le secteur du Riverview Mall qu'au moment où M. Stein revenait à la maison en compagnie de son fils.

Des quatre voitures de police envoyées dans le secteur du Riverview Mall, deux d'entre elles ont croisé la Thunderbird de M. Stein alors qu'elle roulait vers l'est en direction du restaurant.

Une voiture de police s'est garée dans une allée privée située immédiatement à l'est du Riverview Mall; une deuxième est allée établir un barrage à l'ouest du Riverview Mall tandis qu'une troisième, occupée par le caporal Bourgeois et le constable O'Leary, maintenant décédés, était chargée de patrouiller un secteur situé à l'est de l'endroit surveillé par la première voiture de police mentionnée. Ces deux agents étaient armés d'un revolver et il y avait un fusil dans leur voiture.

Les détectives Cairns, Cassidy et Cudmore, qui occupaient la voiture garée à l'est du Riverview Mall, ont remarqué une automobile de marque Cadillac, fabriquée entre 1968 et 1970, modèle deux portes, ayant une carrosserie beige pâle et un toit de couleur foncée, qui suivait une automobile bleue de marque Dodge; cette dernière avait déjà attiré l'attention des détectives à deux occasions.

The Cadillac turned southerly on Wentworth Street and as it entered that street the headlights went out. It turned about on Wentworth Street and returned north-erly and turned right and proceeded easterly on the Salisbury Road, otherwise known as the Coverdale Road, with the lights still out.

The three detectives decided to follow the blue Dodge and back up the two policemen Crandall and Galbraith when the latter stopped the Dodge car which they found contained the Chief of the Moncton Police Force and two other people. As they started to follow the Dodge one of the officers radioed Cpl. Bourgeois and Cst. O'Leary to check a Cadillac with a dark roof and light-coloured body. Cpl. Bourgeois replied "Okay". The bodies of Cpl. Bourgeois and Cst. O'Leary were discovered on December 15, 1974, in shallow graves at Evangeline about 15 miles northeast of Moncton.

Before the Appeal Division, the appellants urged eighteen grounds of appeal as to both appellants and two additional grounds as to the appellant Ambrose.

On the appeal to this Court, counsel for the appellants set out the points in issue and their position as follows:

POINTS IN ISSUE AND
POSITION OF THE APPELLANTS

1. Was the Court of Appeal for the Province of New Brunswick wrong in holding that:

- (a) Notwithstanding the finding of prejudicial errors on the part of the trial Judge, no reasonable jury properly charged could have come to any other conclusion than the guilt of the accused?; and
- (b) In finding there was no substantial wrong or miscarriage of justice?

2. Did the Court of Appeal for the Province of New Brunswick also err in finding that:

- (a) The trial Judge was right in his instructions to the jury as to reasonable doubt regarding the victims acting in the course of duty; and
- (b) In holding that the jury in finding capital murder was correct?

The Appellants respectfully submit that the Court of Appeal for the Province of New Brunswick erred in findings under both points 1 and 2.

Dès que la Cadillac eut tourné en direction sud sur la rue Wentworth, ses phares se sont éteints. Elle a fait demi-tour sur la rue Wentworth et s'est dirigée vers le nord; elle a ensuite tourné à droite vers l'est sur le chemin Salisbury, également connu sous le nom de Coverdale, ses phares étant toujours éteints.

Les trois détectives ont alors décidé de suivre la Dodge bleue et de prêter main forte aux agents Crandall et Galbraith lorsque ces derniers ont intercepté la Dodge en question dont les occupants étaient nuls autres que le chef de la sûreté municipale de Moncton et deux autres personnes. Au moment de prendre en filature la Dodge bleue, un des agents a communiqué par radio avec le caporal Bourgeois et le constable O'Leary pour leur demander d'intercepter une Cadillac ayant un toit foncé et une carrosserie de couleur pâle. Le caporal Bourgeois a répondu «O.K.». Le 15 décembre 1974, les corps du caporal Bourgeois et du constable O'Leary ont été découverts dans une fosse peu profonde, à Evangéline, soit environ 15 milles au nord est de Moncton.

Devant la Division d'appel, les appelants ont invoqué dix-huit moyens les concernant tous les deux, plus deux autres moyens, concernant seulement Ambrose.

A l'occasion du présent pourvoi, l'avocat des appelants a fait état, en ces termes, des questions litigieuses et de la thèse de ses clients:

[TRADUCTION] QUESTIONS LITIGIEUSES ET
THÈSE DES APPELANTS

1. La Cour d'appel de la province du Nouveau-Brunswick a-t-elle erré en concluant que:

- a) nonobstant les erreurs préjudiciables commises par le juge de première instance, tout jury raisonnable, ayant reçu les directives appropriées, n'aurait pu que conclure à la culpabilité des prévenus?; et
- b) en concluant qu'il ne s'était produit aucun tort important ni déni de justice?

2. La Cour d'appel de la province du Nouveau-Brunswick a-t-elle erré en concluant que:

- a) le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en instruisant le jury au sujet du doute raisonnable à l'égard du fait que les victimes agissaient dans l'exercice de leurs fonctions; et
- b) en concluant au bien-fondé du verdict de culpabilité pour meurtre qualifié prononcé par le jury?

Les appelants allèguent respectueusement que les conclusions de la Cour d'appel de la province du Nouveau-Brunswick, relativement aux questions 1 et 2, sont erronées.

At the commencement of the argument, counsel for the appellants expressly withdrew the point outlined in para. 2(a) above.

In his very carefully considered reasons, Limerick J.A. dealt with the trial and with the judge's charge and then summarized his conclusions as follows:

In summation the trial Judge made certain errors during the trial, specifically:

1. In failing to reprimand Crown Counsel for his use of the word "fiction" and not instructing the jury to disregard it.
2. In not more fully specifying the evidence which was admissible against one accused and not against the other.
3. In stating as facts certain conclusions he arrived at which were not supported by evidence, particularly, the reference to an illegal drug bill.
4. In not more fully enumerating the discrepancies and gaps in the Crown's case.
5. In admitting evidence of an intended kidnapping of J. D. Irving by Hutchison, and also in admitting evidence of a statement by Hutchison to James Nelligan that the former had been involved in an armed robbery in Ontario and had asked his accomplice to kill a policeman.

I shall briefly comment on some of the errors which Limerick J.A. found.

1. This error was a most inconsequential one. The learned trial judge had expressly instructed the jury in the usual manner that they were the sole judges of the facts and should exercise their judgment in weighing both the testimony of the witnesses and the addresses of counsel.

2. It is true that the learned trial judge did not in complete detail separate the items of evidence which were admissible as against one accused but not against the other accused. The learned trial judge, however, did, in his charge, say to the jury:

I must say this though, here we have two accused who are jointly charged but you must consider the case of each accused separately and you must apply the evidence here against each accused separately and, more than that, you must bear in mind there is some evidence which is applicable against one accused which may not be applicable against the other accused. You don't say

Au début de sa plaidoirie, l'avocat des appelants a expressément renoncé à la question énoncée à l'al. 2a) qui précède.

Dans ses motifs très soigneusement pesés, le juge d'appel Limerick traite du procès et des directives du juge, puis il résume en ces termes ses propres conclusions:

[TRADUCTION] En résumé, le juge de première instance a commis certaines erreurs au cours du procès, plus précisément:

1. Il a omis de réprimander le substitut du procureur général pour son emploi du terme «fiction» et n'a pas dit au jury de faire abstraction de ce terme.
2. Il n'a pas suffisamment précisé quelles preuves étaient admissibles à l'égard d'un accusé mais pas à l'égard de l'autre.
3. Il a qualifié de faits certaines de ses conclusions qui ne sont pas étayées par la preuve, plus particulièrement la mention d'une facture pour une drogue interdite.
4. Il n'a pas suffisamment insisté sur les contradictions et les failles de l'argumentation du ministère public.
5. Il a jugé recevables, d'une part, la preuve que Hutchison avait eu l'intention d'enlever J. D. Irving et, d'autre part, la preuve d'une déclaration de Hutchison à James Nelligan selon laquelle il avait déjà participé à un vol à main armée en Ontario et qu'il avait, à cette occasion, demandé à son complice de tuer un policier.

Voici quelques brefs commentaires sur certaines des erreurs relevées par le juge d'appel Limerick.

1. Cette erreur est la moins lourde de conséquence. Comme le veut l'usage, le savant juge de première instance a expressément rappelé aux jurés qu'ils sont seuls juges des faits et qu'il leur revient d'apprécier les témoignages et les plaidoiries des avocats.

2. Il est vrai que le savant juge de première instance n'a pas indiqué jusque dans les moindres détails quelles preuves étaient admissibles à l'égard d'un accusé mais pas à l'égard de l'autre; toutefois, dans ses directives au jury, il a dit:

[TRADUCTION] Toutefois, je dois vous rappeler que, bien qu'en l'espèce les deux accusés soient inculpés de la même infraction, vous devez examiner et juger le cas de chaque accusé séparément, à la lumière de la preuve faite en l'espèce. En outre, vous devez vous rappeler que certaines preuves concernent l'un des accusés mais pas l'autre. Ne vous dites pas: Bon, voilà deux accusés,

to yourselves, look, those two accused we will just consider them in one lump sum and the evidence is strong that those men were murdered and one of the accused must have murdered him or them so therefore both accused are guilty. You must consider each man, you must ask yourselves "am I satisfied beyond a reasonable doubt that Hutchison killed those two men or killed one or the other of them" and then you must ask yourselves, "Am I satisfied beyond a reasonable doubt that Ambrose killed those two men or killed one or other of them". There is certain evidence that is applicable perhaps in the case of one that is not applicable in the case of the other and you must ignore it in so far as you can. You must ignore it totally, as a matter of fact, in considering the case of the other.

The learned trial judge then continued over several foolscap printed pages to refer to examples of pieces of evidence which were admissible as against one accused only and not against the other. Having outlined the principle of separate consideration of the cases against each of the accused, and after having warned the jury that they must consider each piece of evidence and determine whether it was evidence against one or both of the accused, I do not think the learned trial judge was required to enumerate every piece of evidence which was admissible against only one of the two accused, and I am of the opinion that his failure to do so did not constitute any miscarriage of justice.

3. The learned trial judge in his charge did state certain conclusions which were not supported in the evidence. The jury were carefully instructed by the learned trial judge that it was their decision upon the facts alone which was of any importance and, in my view, these few and rather inconsequential so-called conclusions by the learned trial judge were, in fact, surmises which he made and which the jury would understand he was making and which the jury would realize they could accept or reject as they deemed fit. It would have been much better if the learned trial judge had refrained from such a course. Again, I do not regard his adoption of it on these very few occasions as causing any miscarriage of justice.

4. In finding this fault in the learned trial judge's charge, Limerick J.A. was referring to the outline of the theory of the defence by the learned trial judge. It must be noted that neither of the

jugeons-les globalement; la preuve du meurtre commis par ces hommes est solide, un des accusés doit avoir commis un de ces meurtres sinon les deux; ils sont donc tous les deux coupables. Vous devrez examiner le cas de chacun et vous demander «Suis-je convaincu au-delà de tout doute raisonnable que Hutchison a tué ces deux hommes ou l'un d'eux?», et vous devez ensuite vous demander «Suis-je convaincu au-delà de tout doute raisonnable que Ambrose a tué ces deux hommes ou l'un d'eux?». Certaines preuves peuvent s'appliquer à l'un d'eux mais pas à l'autre, et dans ce dernier cas vous devez, dans la mesure du possible, en faire abstraction. En fait, vous devez les ignorer complètement lorsque vous examinez le cas de l'autre accusé.

Le savant juge de première instance donne ensuite, pendant plusieurs pages format écolier, des exemples de preuves concernant un seul des accusés. Après avoir évoqué la nécessité de considérer séparément le cas de chacun d'eux, et après avoir averti le jury qu'il devait examiner chaque élément de preuve et déterminer s'il s'appliquait à un seul ou aux deux accusés, le savant juge de première instance n'était pas tenu, selon moi, de dresser une liste des preuves admissibles uniquement à l'égard d'un des deux accusés, et j'estime que sa façon d'agir n'a entraîné aucun déni de justice.

3. Dans ses directives au jury, le savant juge de première instance a effectivement exposé certaines conclusions qui ne sont pas étayées par la preuve. Mais il a soigneusement précisé que seule comptait la décision du jury sur les faits, et, à mon avis, les quelques prétendues conclusions, sans conséquence, énoncées par le savant juge n'étaient, en fait, que des conjectures de sa part que le jury se devait de considérer comme telles, tout en sachant qu'il était libre de les accepter ou de les rejeter. Il aurait été préférable que le savant juge de première instance évite ces remarques. De nouveau, je ne pense pas qu'il y a eu déni de justice de sa part en tenant ces quelques propos.

4. En relevant cette faute dans les directives du savant juge de première instance, le juge d'appel Limerick faisait allusion au résumé par le savant juge de la thèse présentée par la défense. Il faut

accused gave evidence and, in fact, no evidence was called for the defence. The learned trial judge was, therefore, called upon to determine the theory of the defence from consideration of the cross-examination of the Crown's witnesses by defence counsel and then from the defence counsel's address to the jury. The learned trial judge said:

I am obliged to review here the theory of the defence, what is known as the theory of the defence, and Mr. Bell has outlined it and outlined it extremely well and dealt with all aspects of the defence essentially and I have touched on it in some of the things I have had to say. Essentially the theory of the defence is that the evidence here is all circumstantial, that even though no alternative explanation is given there are gaps in the Crown's case which indicate there are alternative explanations and if there is any other logical explanation of this then a jury must under the rule I cited earlier where all the evidence is circumstantial, the jury must be satisfied beyond a reasonable doubt or it must acquit. This is the first point of the theory of the defence. The second is on the theory, the burden being on the Crown to satisfy you of the guilt of the accused beyond a reasonable doubt, that the Crown has failed in that and therefore you must acquit. That, in a nut-shell, is the theory of the defence and, Mr. Bell, I don't feel it is necessary to go into the evidence there, the theory has been put forward, Mr. Bell has done that most adequately and has pointed out what undoubtedly are some discrepancies, whether material or not is up to you to decide, in the evidence of the witnesses.

The indictment of the two appellants showed the names of seventy-six witnesses who were called by the Crown. The evidence at trial occupies four foolscap printed volumes and ran to 1371 pages. If counsel for the defence based the theory of the defence upon discrepancies in 1371 printed pages of evidence given by Crown witnesses then it was his duty in his address to outline those discrepancies. The learned trial judge was of the opinion that counsel for the defence had done so most adequately and was, therefore, I think, properly of the opinion that it was neither necessary nor desirable that he should repeat the outline of those discrepancies in his charge. The charge and recharge occupied fifty-nine foolscap printed pages and the main charge occupied two hours and five

souligner qu'aucun des accusés n'a témoigné et qu'en fait, la défense n'a cité aucun témoin. Par conséquent, le savant juge de première instance devait faire le point sur la thèse de la défense à partir des contre-interrogatoires des témoins à charge et du plaidoyer que l'avocat de la défense a adressé au jury. Le savant juge de première instance dit:

[TRADUCTION] Je dois exposer maintenant la thèse présentée par la défense, ce que l'on appelle la thèse de la défense. M^e Bell a fait un excellent exposé et il a traité essentiellement de tous les aspects de la défense que j'ai d'ailleurs eu l'occasion de commenter à quelques reprises. Voici l'essentiel de sa thèse: toutes les preuves en l'espèce sont indirectes et bien qu'aucune autre explication n'ait été donnée, l'argumentation du ministère public présente certaines failles, ce qui suppose l'existence d'autres explications; or, s'il existe une autre explication logique, un jury doit, en vertu de la règle applicable aux cas où les preuves sont indirectes que j'ai citée précédemment, être convaincu au-delà de tout doute raisonnable, sinon il doit rendre un verdict d'acquiescement. C'est là le premier point de la thèse de la défense. Son second point est qu'il incombe au ministère public de convaincre le jury de la culpabilité des accusés au-delà de tout doute raisonnable, ce qu'il n'a fait en l'espèce, et que vous devez donc rendre un verdict d'acquiescement. Voilà, en gros, la thèse de la défense et, M^e Bell, il ne me paraît pas nécessaire de faire maintenant l'examen de la preuve sous ce rapport, puisque la thèse a été présentée et que M^e Bell a déjà fait un excellent exposé de la preuve en faisant ressortir les quelques contradictions évidentes dans les témoignages, dont il vous appartient d'apprécier la pertinence.

Les noms de soixante-seize témoins cités par le ministère public apparaissent dans l'acte d'accusation des deux appelants. La transcription des témoignages recueillis au cours du procès remplit quatre volumes imprimés, format écolier, et couvre 1371 pages. Si l'avocat des accusés fonde la thèse de la défense sur des contradictions relevées dans les 1371 pages de la transcription des dépositions des témoins à charge, il lui incombe alors de les mentionner lorsqu'il s'adresse au jury. Le savant juge de première instance a estimé que l'avocat de la défense s'était très bien acquitté de cette tâche et a jugé, à bon droit selon moi, qu'il était inutile et peu souhaitable de reprendre cet exposé dans ses directives. Les directives et les directives additionnelles couvrent cinquante-neuf pages imprimées,

minutes. To have burdened the jury with a recital of discrepancies which had already been outlined in the very long and most complete address of counsel for the accused would not have served any useful purpose and might well have so confused the jury as to detract from their efficient discharge of their sworn duty.

5. Counsel for the Crown on this appeal frankly admitted that this evidence was inadmissible and it is most regrettable that it should ever have been proffered by the Crown let alone admitted by the learned trial judge. Unfortunately, the learned trial judge not only admitted the evidence but made considerable reference to it in his charge, evidently being of the opinion that it was admissible to show the state of mind of the appellant Hutchison. Limerick J.A., in giving reasons for the Appeal Division, said:

Some of these errors on the part of the trial Judge would not by themselves be of sufficient weight to prejudice the jury or result in a miscarriage of justice. The last mentioned error was however extremely prejudicial. We must however, consider the cumulative effect of all the errors and against that, the weight of the evidence against the Appellant.

As will be seen from the statement of facts aforesaid, it was the theory of the Crown that these two accused had formed the intention of kidnapping a member of the Stein family, probably the father Cy Stein, but as the events occurred, they did kidnap the young son Raymond Stein, that they demanded from the father a ransom, that that ransom was paid and that as they left the place where they had received the payment they were followed by the two deceased policemen Cpl. Bourgeois and Cst. O'Leary, that they, in turn, captured these two officers and subsequently killed them. Upon this theory, it was necessary for the Crown to adduce all possible evidence pointing toward the occurrence of the various events. Limerick J.A., in his reasons, after referring to the evidence of the fourteen-year-old kidnapped victim Raymond Stein, referred to

format écolier, et les premières ont duré deux heures et cinq minutes. Il aurait été complètement inutile d'imposer au jury l'énumération des contradictions qui avaient auparavant fait l'objet d'un exposé long et détaillé dans le plaidoyer de l'avocat de la défense; de plus, ce genre d'énumération aurait pu facilement embrouiller les jurés et les détourner de la bonne exécution de leur devoir solennel.

5. Le substitut du procureur général a convenu devant cette Cour de l'inadmissibilité de cette preuve; il est très regrettable que le ministère public l'ait produite et il est encore plus regrettable que le savant juge de première instance l'ait jugée admissible. Malheureusement, ce dernier a non seulement jugé cette preuve recevable mais il en a aussi parlé à plusieurs reprises au cours de ses directives, étant manifestement d'avis qu'elle était admissible comme preuve de la mentalité de l'appelant Hutchison. S'exprimant au nom de la Division d'appel, le juge Limerick a tenu les propos suivants:

[TRADUCTION] Certaines des erreurs commises par le juge de première instance ne sont pas, en elles-mêmes, suffisamment importantes pour prédisposer le jury contre les accusés ou pour entraîner un déni de justice. Toutefois, la dernière erreur mentionnée est extrêmement préjudiciable. Nous devons cependant considérer l'effet cumulatif de toutes les erreurs en regard du poids de la preuve défavorable à l'appelant.

Comme le révèle l'exposé des faits donné précédemment, la thèse du ministère public est que: les deux prévenus avaient l'intention d'enlever un membre de la famille Stein, vraisemblablement le père, M. Cy Stein; toutefois, en raison du déroulement des événements, c'est le jeune fils Raymond Stein qu'ils ont enlevé; ils ont ensuite exigé du père le paiement d'une rançon qu'il leur a effectivement versée; lorsque ces derniers ont quitté l'endroit où ils ont touché ladite rançon, le caporal Bourgeois et le constable O'Leary, les deux agents de police décédés, les ont pris en filature; c'est alors que les ravisseurs ont capturé ces deux policiers et les ont ensuite tués. Pour étayer cette thèse, le ministère public devait apporter toutes les preuves possibles tendant à démontrer que ces divers événements se sont effectivement produits. Dans ses motifs, le juge d'appel Limerick se reporte, après un renvoi

forty-six items of circumstantial evidence indicative of the guilt of the two accused. One of these only was stated by the Crown counsel in this Court to have been in error. Limerick J.A. then continued:

In my opinion the massive weight of the circumstantial evidence against Hutchison and his co-accused Ambrose is so overwhelming that no reasonable jury properly instructed and acting judicially could have come to any conclusion other than that both of the accused were guilty of the murders of the two police officers as charged in the indictment, notwithstanding the cumulative effect of the five errors referred to above.

In applying that test, Limerick J.A. followed the decision of this Court in *Colpitts v. R.*². There, I said (at p. 755):

Therefore, this Court must apply the test set out in the aforesaid cases and, to quote again from *Brooks v. The King*, [1927] S.C.R. 633, [1928] 1 D.L.R. 268:

The onus is upon the Crown to satisfy the Court that the jury, charged as it should have been, could not, as reasonable men, have done otherwise than find the appellant guilty.

That test may be considered to be somewhat more stringent than those enunciated by the then Chief Justice Cartwright and by Ritchie J. but Limerick J.A. chose to apply the sterner test and was of the opinion that even on that basis the jury could not have come to any conclusion other than that both of the accused were guilty of the murder of the two policemen as charged. Despite the able argument of counsel for the appellants, I am unable to find any fault in that conclusion.

Counsel for the Crown in this Court cited six other pieces of evidence which also indicated the guilt of the accused of the offence with which they were charged. Some of those are of slight probative value but others add considerable weight.

In addition, this Court is, of course, as was the Appeal Division, entitled to take cognisance of the

² [1965] S.C.R. 739.

au témoignage de Raymond Stein, la jeune victime de l'enlèvement, à quarante-six éléments de preuve indirecte indiquant la culpabilité des deux accusés. Selon la déclaration du substitut du procureur général devant cette Cour, il n'y a qu'un seul de ces éléments qui soit erroné. Le juge d'appel Limerick poursuit en ces termes:

[TRADUCTION] Nonobstant l'effet cumulatif des cinq erreurs mentionnées précédemment, je suis d'avis que la preuve indirecte défavorable à Hutchison et à son co-accusé Ambrose est si lourde qu'aucun jury raisonnable, ayant reçu les directives appropriées et agissant de façon judiciaire, ne pouvait conclure autrement qu'à la culpabilité des accusés relativement aux meurtres des deux agents de police, mentionnés dans l'acte d'accusation.

En retenant ce critère, le juge d'appel Limerick suivait la décision de cette Cour dans *Colpitts c. R.*². A cette occasion, j'avais dit (à la p. 755):

[TRADUCTION] Par conséquent, cette Cour doit appliquer le critère énoncé dans les affaires susmentionnées et, comme il est dit dans *Brooks c. Le Roi*, [1927] R.C.S. 633, [1928] 1 D.L.R. 268:

Il incombe au ministère public de convaincre la Cour que si les jurés avaient reçu les directives qu'ils auraient dû recevoir, ils n'auraient pu raisonnablement faire autrement que trouver l'appellant coupable.

Ce critère peut apparaître passablement plus sévère que celui formulé par le juge en chef d'alors, le juge Cartwright, et par le juge Ritchie, mais le juge d'appel Limerick a préféré appliquer le critère le plus strict. Il a estimé que même sur cette base, le jury n'aurait pu conclure autrement qu'à la culpabilité des deux accusés au regard du meurtre des deux agents de police, selon les termes de l'acte d'accusation. Malgré l'excellente argumentation de l'avocat des appelants, je ne puis trouver d'erreur dans cette conclusion.

Le substitut du procureur général a produit devant cette Cour six autres éléments de preuve qui tendent également à confirmer la culpabilité des accusés relativement à l'infraction dont ils ont été inculpés. Certains de ces éléments n'ont qu'une faible valeur probante tandis que d'autres ont un poids considérable.

De plus, à l'instar de la Division d'appel, cette Cour a naturellement le droit de prendre en consi-

² [1965] R.C.S. 739.

fact that despite this mass of circumstantial evidence pointing well nigh irrefutably to the guilt of the accused neither of the accused offered any evidence in defence. I need not cite authority for the proposition that such a circumstance is a proper one for an Appellate Court to consider. Therefore, Limerick J.A. came to the conclusion that the Appeal Division was entitled to apply the provisions of s. 613(1) (b) (iii) of the *Criminal Code* and found that there had been no substantial wrong or miscarriage of justice. I am in complete agreement with that view.

I would, therefore, dismiss both appeals and affirm the conviction of both of the appellants.

Appeals dismissed, convictions at trial affirmed.

Solicitor for the appellants: James C. Letcher, Moncton.

Solicitor for the respondent: D. J. Friel, Moncton.

dération le fait qu'en dépit de ce grand nombre de preuves indirectes qui indiquent presque irréfutablement la culpabilité des accusés, ces derniers n'ont produit aucune preuve en défense et n'ont cité aucun témoin. Il est inutile de citer ici quoi que ce soit pour confirmer qu'une cour d'appel peut, à bon droit, prendre ce fait en considération. Par conséquent, le juge d'appel Limerick a conclu que la Division d'appel était autorisée à appliquer les dispositions de l'art. 613(1)b(iii) du *Code criminel* et a décidé qu'il ne s'était produit en l'espèce aucun tort important ni déni de justice. Je partage entièrement cette opinion.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter les deux pourvois et de confirmer la déclaration de culpabilité prononcée à l'égard des deux appelants.

Pourvois rejetés, déclarations de culpabilité confirmées.

Procureur des appelants: James C. Letcher, Moncton.

Procureur de l'intimée: D. J. Friel, Moncton.

Canada Labour Relations Board, Public Service Alliance of Canada *Appellants*;

and

City of Yellowknife *Respondent*.

1977: February 16 and 17; 1977: March 8.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Labour law — Trade Union — Certification — Municipal employees in Northwest Territories — Meaning of “federal work” — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 1, 2, 27, 80, 108 and 109, 1972 (Can.), c. 18, Preamble — Northwest Territories Act, R.S.C. 1970, c. N-22, s. 13.

A certificate issued by the Canada Labour Relations Board to the Public Service Alliance of Canada as bargaining agent for a unit of employees of the City of Yellowknife was set aside by the Federal Court of Appeal on the ground that the Board had exceeded its jurisdiction in that the operations of the City were not a federal work or undertaking within the meaning of the *Canada Labour Code*.

Held: The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Judson J.: In viewing Part V of the *Canada Labour Code* historically and looking at the interlocking effect of ss. 108 and 109, it would be incongruous to declare a gap in the application of collective bargaining advantages to municipal employees in the Northwest Territories. In view of the all-encompassing legislative authority of the Canadian Parliament in the Northwest Territories there is no justification for assessing the scope of Part V of the *Code* in relation to the Northwest Territories in the same way as is done in relation to the provinces. Furthermore, the definition of “federal work” in the *Code* and especially s. 2(i) indicates that any doubt as to whether the federal statute is applicable to employees of a municipality organized in federal and federally administered territory should be resolved in favour of inclusion rather than exclusion.

Per Pigeon, Ritchie, Spence, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ: The *Canada Labour Code* defines a “federal work” in s. 2(i) as including all work outside the exclusive jurisdiction of provincial legislatures, and

Le Conseil canadien des relations du travail, l'Alliance de la Fonction publique du Canada *Appellants*;

et

La ville de Yellowknife *Intimée*.

1977: les 16 et 17 février; 1977: le 8 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit du travail — Syndicat — Accréditation — Employés municipaux des territoires du Nord-Ouest — Signification de «entreprise fédérale» — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, c. L-1, art. 1, 2, 27, 80, 108 et 109, 1972 (Can.), c. 18, Préambule — Loi sur les territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1970, c. N-22, art. 13.

La Cour d'appel fédérale a annulé un certificat délivré par le Conseil canadien des relations du travail à l'Alliance de la Fonction publique du Canada, en sa qualité d'agent négociateur pour une unité d'employés de la ville de Yellowknife, au motif que le Conseil avait excédé sa compétence en ce sens que les activités de la ville n'étaient pas une entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale au sens du *Code canadien du travail*.

Arrêt: L'appel doit être accueilli.

Le juge en chef Laskin et le juge Judson: Considérant l'historique de la Partie V du *Code canadien du travail* et l'effet conjugué des art. 108 et 109, il serait absurde de déclarer qu'il y a une lacune quand il s'agit du droit des employés d'une municipalité des territoires du Nord-Ouest aux avantages des négociations collectives. Vu la portée universelle du pouvoir législatif du Parlement du Canada dans les territoires du Nord-Ouest, on n'est aucunement justifié de déterminer le champ d'application de la Partie V du *Code* à l'égard de ces territoires, de la façon utilisée pour les provinces. En outre, la définition d'«entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale» dans le *Code*, et particulièrement à l'art. 2i), montre que tout doute quant à la question de savoir si la loi fédérale s'applique aux employés d'une municipalité, constituée en territoire fédéral, doit être résolu en faveur de l'inclusion plutôt que de l'exclusion.

Les juges Pigeon, Ritchie, Spence, Dickson, Beetz et de Grandpré: Aux termes de l'art. 2i) du *Code canadien du travail*, «entreprise fédérale» inclut tout ouvrage ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législa-

s. 27 indicates that a "federal work" in the territories does include work which, in the provinces, would be within the scope of provincial jurisdiction under Head 16 of s. 92 of the *British North America Act*. It would run contrary to the intention of Part V of the *Code* as set out in the Preamble to the 1972 legislation to hold that employees of municipalities in the territories cannot have the benefit of any compulsory bargaining legislation. Parliament has the power to legislate for employees in the Northwest Territories and sub-para. (i) of the *Code's* definition of "federal work" shows its intention to exercise this power. The powers granted to the Commissioner of the Northwest Territories by s. 13 of the *Northwest Territories Act* are expressed as being subject to any other Act of the Parliament of Canada and there is no reason to suppose that in defining "federal work" in the *Code*, Parliament intended to restrict its scope in relation to the authority of the Commissioner in the same way as it is restricted in relation to the authority of the provincial legislatures.

The remaining question is whether a "federal work" under the *Code* includes the operation of a municipal corporation in the territories. Jurisdiction depends on the legislative authority over the operation, not on who is the employer. It would therefore be wrong to restrict the meaning of "federal work" in the *Canada Labour Code* so as to exclude the activities of municipalities and it would be contrary to the concept of classifying employees for jurisdictional purposes by reference to the character of their work if a distinction were to be made between public and private corporations.

International Brotherhood of Electrical Workers v. Town of Summerside, [1960] S.C.R. 591; *Canadian Pacific Railway v. Corporation of the Parish of Notre-Dame de Bonsecours*, [1899], A.C. 367; *Canadian Pacific Railway v. Attorney General for British Columbia and Attorney General for Canada*, [1950] A.C. 122; *Canada Labour Relations Board v. C.N.R.*, [1975] 1 S.C.R. 786; *Attorney General for Ontario v. Attorney General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; and *Letter Carriers Union v. C.U.P.W.*, [1975] 1 S.C.R. 178 applied.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ setting aside a certificate issued by the Canada Labour Relations Board to the Public

¹ [1976] 1 F.C. 387, 63 D.L.R. (3d) 753, 76 C.L.L.C. 14,001.

tures provinciales et, selon l'art. 27, une «entreprise fédérale» dans les territoires s'étend à des opérations qui, dans les provinces, relèvent du par. (16) de l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Prétendre que les employés des municipalités des territoires ne bénéficient pas d'une législation obligatoire sur les négociations collectives est contraire au but fondamental de la Partie V du *Code*, exprimé dans le préambule de la loi de 1972. Le Parlement a le pouvoir de légiférer à l'égard des employés des territoires et la définition, à l'al. i) du *Code*, du mot «entreprise» indique l'intention d'exercer ce pouvoir. Les pouvoirs conférés au commissaire des territoires du Nord-Ouest par l'art. 13 de la *Loi sur les territoires du Nord-Ouest*, le sont sous réserve de toute autre loi du Parlement du Canada et il n'y a aucune raison de supposer qu'en adoptant la définition d'«entreprise fédérale» du *Code*, le Parlement entendait restreindre son champ d'application au regard du pouvoir législatif du commissaire de la même façon qu'il est limité au regard du pouvoir législatif des provinces.

Il reste à déterminer si, dans le contexte du *Code*, «entreprise fédérale» englobe les activités d'une corporation municipale dans les territoires. La compétence dépend du pouvoir législatif sur l'exploitation et non sur la personne de l'employeur. Ce serait donc une erreur de restreindre le sens d'«entreprise fédérale» au *Code canadien du travail*, pour exclure les activités des corporations municipales et il serait contraire au concept de classification des employés, à des fins de compétence, en fonction du caractère de l'entreprise, d'établir une distinction entre une compagnie privée et une administration publique.

Arrêts suivis: *International Brotherhood of Electrical Workers c. Town of Summerside*, [1960] R.C.S. 591; *Canadian Pacific Railway v. Corporation of the Parish of Notre-Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *Le Canadien Pacifique c. Le Procureur général de la Colombie-Britannique et Le Procureur général du Canada*, [1950] A.C. 122; *Le Conseil canadien des relations du travail c. La Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 786; *Le Procureur général de l'Ontario c. Le Procureur général du Canada*, [1896] A.C. 348; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour fédérale¹ annulant un certificat délivré par le Conseil canadien des relations du travail à l'Alliance de la

¹ [1976] 1 C.F. 387, 63 D.L.R. (3d) 753, 76 C.L.L.C. 14,001.

Service Alliance of Canada as bargaining agent for a unit of employees of the City of Yellowknife. Appeal allowed.

Derek Aylen, Q.C., and *Glenn St-John*, for the appellant, Canada Labour Relations Board.

L. M. Joyal, Q.C., and *Georges Robichon*, for the appellant, Public Service Alliance of Canada.

G. A. Lucas, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Judson was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—I have had the advantage of seeing the reasons of my brother Pigeon and I too would allow this appeal, but I am content to do so on the short ground that, viewing Part V of the present *Canada Labour Code*, 1972 (Can.), c. 18, s. 1 historically, and looking at the interlocking effect of ss. 108 and 109 of that Code, covering both the private sector and the public sector, the later either under s. 109(1) or under the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35, it would be incongruous to declare a gap in the application of collective bargaining advantages to employees who are employed by a municipality in the Northwest Territories. In view of the all-encompassing legislative authority of the Parliament of Canada in the Northwest Territories, I do not think there is any justification for assessing the scope of Part V of the *Labour Code*, in its application to the Northwest Territories, in exactly the same way in which the respective limits of federal and provincial legislative jurisdiction in relation to labour relations would be measured. Moreover, having regard to the definition of “federal work, undertaking or business” in s. 2 of the *Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, and especially s. 2(i) (“a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of the Province”) any ambiguity or doubt whether the federal statute covers the employees of a municipality, organized in federal and federally administered territory, and such municipalities in their relations with their employees, should be resolved in favour of inclusion rather than of exclusion.

Fonction publique du Canada en sa qualité d'agent négociateur pour une unité d'employés de la ville de Yellowknife. Pourvoi accueilli.

Derek Aylen, c.r., et *Glenn St-John*, pour l'appelant, le Conseil canadien des relations du travail.

L. M. Joyal, c.r., et *Georges Robichon*, pour l'appelante, l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

G. A. Lucas, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Judson a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Pigeon et je suis aussi d'avis d'accueillir ce pourvoi. Toutefois, je me fonde pour le faire sur le simple motif suivant: considérant l'historique de l'art. 1 de la Partie V de l'actuel *Code canadien du travail*, 1972 (Can.), c. 18 et l'effet conjugué des art. 108 et 109 dudit Code, couvrant tant les secteurs privé que public, ce dernier en vertu soit de l'art. 109(1) soit de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-35, il serait absurde de déclarer qu'il y a une lacune quand il s'agit du droit des employés d'une municipalité dans les territoires du Nord-Ouest aux avantages des négociations collectives. Vu la portée universelle du pouvoir législatif du Parlement du Canada dans les territoires du Nord-Ouest, on n'est, à mon avis, aucunement justifié de déterminer le champ d'application de la Partie V du *Code du travail*, dans son application à ces territoires, de la façon utilisée pour fixer les limites respectives de la compétence législative fédérale et provinciale en matière de relations du travail. De plus, en ce qui concerne la définition d'«entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale» à l'art. 2 du *Code du travail*, S.R.C. 1970, c. L-1 et plus spécialement l'art. 2i) («tout ouvrage, entreprise ou affaire ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales») toute ambiguïté ou tout doute quant à la question de savoir si la loi fédérale s'applique aux employés d'une municipalité, constituée en territoire fédéral, administrée par le fédéral, aussi bien qu'à cette municipalité dans ses relations avec ses employés, doit être résolu en faveur de l'inclusion plutôt que de l'exclusion.

I agree with my brother Pigeon as to the award of costs.

The judgment of Pigeon, Ritchie, Spence, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

PIGEON J.—This is an appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal setting aside the certificate issued by the Canada Labour Relations Board (“the Board”) to the other appellant, Public Service Alliance of Canada (“the Alliance”) as bargaining agent for a unit of employees of the respondent, the City of Yellowknife (“the City”). The unit includes all the City’s employees except those in managerial positions. The reason for which the certificate was set aside is that the Board was said to have exceeded its jurisdiction, the operations of the City being held not to be a “federal work, undertaking or business” within the meaning of the *Canada Labour Code* (R.S.C. c. L-1 as amended). The certificate was issued under the provisions of Division I of Part V, the main application provision of which is s. 108 reading as follows:

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 with such employees and in respect of trade unions and employers’ organizations composed of such employees or employers.

Section 109 deals with employees of the Government of Canada or a corporation established to perform any function or duty on its behalf. It is important to note that the criterion for the application of Part V to all other employees is whether they are employed upon or in connection with the operation of any “federal work, undertaking or business”. This expression is defined in s. 2 of the *Code* 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:

(a) a work, undertaking or business operated or carried on for or in connection with navigation and shipping, whether inland or maritime, including the

Je souscris à l’adjudication des dépens proposée par mon collègue, le juge Pigeon.

Le jugement des juges Pigeon, Ritchie, Spence, Dickson, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi attaque le jugement de la Cour d’appel fédérale qui a annulé le certificat délivré par le Conseil canadien des relations du travail («le Conseil») à la seconde appelante, l’Alliance de la Fonction publique du Canada («l’Alliance») en sa qualité d’agent négociateur pour une unité d’employés de l’intimée, la ville de Yellowknife («la ville»). L’unité englobe tous les employés de la ville, à l’exception des cadres. Le certificat a été annulé parce qu’on a jugé que le Conseil avait excédé sa compétence, les activités de la ville n’ayant pas été reconnues comme constituant une «entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale» au sens du *Code canadien du travail* (S.R.C. 1970. c. L-1, et modification). Le certificat a été délivré en vertu de la Division I de la Partie V, dont l’art. 108 définit le champ d’application:

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 aux syndicats groupant ces employés.

L’article 109 vise les employés du gouvernement du Canada ou d’une corporation établie pour accomplir quelque fonction pour son compte. Il est important de souligner que le critère d’application de la Partie V à tous les autres employés est de savoir s’ils sont employés dans le cadre d’une «entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale». Cette expression est définie à l’art. 2 du *Code* comme suit:

«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

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 two or more of the provinces;

(i) a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of provincial legislatures;

Parliament clearly indicated in s. 27 of the *Code* dealing with the application of Part III (Standard Hours, Wages, Vacations and Holidays) that in the Territories, "federal work, undertaking or business" included operations which in the provinces come within the scope of Head 16 of s. 92 of the *B.N.A. Act*: "Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province". Subsection (1) of s. 27 is as follows:

27. (1) This Part applies to and in respect of employees who are employed upon or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business, other than a work, undertaking or business of a local or private nature in the Yukon Territory or Northwest Territories, and to and in respect of the employers of such employees and to employment upon or in connection with the operation of any such federal work, undertaking or business.

It is obvious that this provision was enacted so as to leave scope for the operation of territorial ordinances such as the *Labour Standards Ordinance* of November 25, 1967 (now R.O.N.W.T. 1974, c. L-8). There is no similar territorial legislation concerning the matters dealt with in Part V

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;

Le Parlement a clairement indiqué à l'art. 27 du *Code* traitant de l'application de la Partie III (durée normale du travail, salaire, vacances et jours fériés) que, dans les Territoires, «entreprise fédérale» s'étend à des opérations qui, dans les provinces, relèvent du par. (16) de l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*: «Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province». Le paragraphe (1) de l'art. 27 dit:

27. (1) La présente Partie s'applique aux employés, aux employeurs et à l'emploi dans le cadre d'une entreprise fédérale, à l'exception d'une entreprise d'un caractère local ou privé dans le territoire du Yukon ou les territoires du Nord-Ouest.

Il est évident que cette disposition a été adoptée en vue de laisser un champ d'action à des ordonnances territoriales telles que la *Labour Standards Ordinance* du 25 novembre 1967 (maintenant R.O.N.W.T. 1974, c. L-8). Il n'existe pas de législation territoriale concernant les matières dont

of the *Labour Code* (Collective Bargaining, Certification, etc.) so that the result of the construction put upon the *Code* by the Court below is that employees of municipal corporations in the Territories would not have the benefit of any compulsory collective bargaining legislation. This was, in a sense, the contention put forward by the Town of Summerside in respect of the *Trade Union Act* of Prince-Edward Island based upon the special situation of municipal corporations towards their employees. This contention was unanimously rejected in this Court: *International Brotherhood of Electrical Workers v. Town of Summerside*². In my view, it also runs counter to the basic intent of Part V expressed as follows in the preamble of the statute of 1972 (c. 18) enacting it in its present form:

Whereas there is a long tradition in Canada of labour legislation and policy designed for the promotion of the common well-being through the encouragement of free collective bargaining and the constructive settlements of disputes;

And Whereas Canadian workers, trade unions and employers recognize and support freedom of association and free collective bargaining as the bases of effective industrial relations for the determination of good working conditions and sound labour-management relations;

And Whereas the Government of Canada has ratified Convention No. 87 of the International Labour Organization concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize and has assumed international reporting responsibilities in this regard;

And Whereas the Parliament of Canada desires to continue and extend its support to labour and management in their cooperative efforts to develop good relations and constructive collective bargaining practices, and deems the development of good industrial relations to be in the best interests of Canada in ensuring a just share of the fruits of progress to all;

The authority of the Parliament of Canada to legislate in respect of any employees in the Northwest Territories is beyond question. Par. (i) of the definition of "federal work, undertaking or business" indicates an intention to exercise this jurisdiction. The general purpose of the definition was

² [1960] S.C.R. 591.

traite la Partie V du *Code du travail* (Négociations collectives, accréditation, etc.), d'où l'interprétation donnée au *Code* par la Cour d'instance inférieure, que les employés de corporations municipales, dans les Territoires, ne bénéficient pas d'une législation obligatoire sur les négociations collectives. C'est dans un certain sens, la prétention avancée par la ville de Summerside au sujet de la *Trade Union Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, fondée sur la situation spéciale des corporations municipales à l'égard de leurs employés. Cette Cour a rejeté cette prétention à l'unanimité: *International Brotherhood of Electrical Workers c. Town of Summerside*². A mon avis, cette prétention est contraire au but fondamental de la Partie V, exprimé dans le préambule promulguant la Loi de 1972 (c. 18) dans sa forme actuelle:

Considérant qu'il est depuis longtemps dans la tradition canadienne que la législation et la politique du travail soient conçues de façon à favoriser le bien-être de tous par l'encouragement de la pratique des libres négociations collectives et du règlement positif des différends;

Considérant que les travailleurs, syndicats et employeurs du Canada reconnaissent et soutiennent que la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives sont les fondements de relations industrielles fructueuses permettant d'établir de bonnes conditions de travail et de saines relations du travail;

Considérant que le gouvernement du Canada a ratifié la Convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical et qu'il s'est engagé à cet égard à présenter des rapports à cette Organisation;

Et Considérant que le Parlement du Canada désire continuer et accentuer son appui aux efforts conjugués des travailleurs et du patronat pour établir de bonnes relations et des méthodes de règlement positif des différends, et qu'il estime que l'établissement de bonnes relations industrielles sert l'intérêt véritable du Canada en assurant à tous une juste part des fruits du progrès;

Le pouvoir du Parlement du Canada de légiférer à l'égard des employés des Territoires du Nord-Ouest ne fait aucun doute. La définition à l'al. i) de «ouvrage, entreprises ou affaire» indique l'intention d'exercer ce pouvoir. Il est évident que le but général de la définition est d'englober seulement

² [1960] R.C.S. 591.

obviously to embrace only matters within federal legislative authority. A large part of the language of para. (a), (b), (c), (d) and (h) is taken from heads 10 and 13 of s. 91 of the *B.N.A. Act*:

10. Navigation and Shipping.

13. Ferries between a Province and any British or Foreign Country or between Two Provinces.

and the exceptions in head 10 of s. 92 of the *B.N.A. Act*:

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes:—

(a) Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province:

(b) Lines of Steam Ships between the Province and any British or Foreign Country:

(c) Such Works as, although wholly situate within the Province, are before or after their 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.

Reference is made in the Court below to the legislative powers granted to the Commissioner in council by s. 13 of the *Northwest Territories Act* (R.S.C. c. N-22). It should be noted, however, that unlike provincial legislative powers, these are "subject to this Act and any other Act of the Parliament of Canada". The opening paragraph and those quoted in the Court below are as follows:

13. The Commissioner in Council may, subject to this Act and any other Act of the Parliament of Canada, make ordinances for the government of the Territories in relation to the following classes of subjects, namely:

(c) municipal institutions in the Territories, including local administrative districts, school districts, local improvement districts and irrigation districts;

(f) the incorporation of companies with territorial objects, including tramways and street railway com-

des matières relevant du pouvoir législatif fédéral. Une grande partie des expressions utilisées aux al. a), b), c), d) et h) est empruntée aux par. 10 et 13 de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*:

10. La navigation et les expéditions par eau.

13. Les passages d'eau (ferries) entre une province et tout pays britannique ou étranger, ou entre deux provinces.

et aux exceptions du par. 10 de l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*:

10. Les ouvrages et entreprises d'une nature locale, autres que ceux qui sont énumérés dans les catégories suivantes:

a) Lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province;

b) Lignes de bateaux à vapeur entre la province et tout pays britannique ou étranger;

c) Les ouvrages qui, bien qu'entièrement situés dans la province, seront avant ou après leur exécution déclarés, par le Parlement du Canada, être à l'avantage général du Canada, ou pour l'avantage de deux ou plusieurs provinces.

La Cour d'instance inférieure s'est référée aux pouvoirs législatifs accordés au commissaire en conseil par l'art. 13 de la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest* (S.R.C. c. N-22). Toutefois, il faut souligner que, contrairement aux pouvoirs législatifs provinciaux, ils sont conférés «sous réserve de la présente loi et de toute autre loi du Parlement du Canada». Le premier alinéa et ceux cités par la Cour d'instance inférieure disent:

13. Le commissaire en conseil peut, sous réserve de la présente loi et de toute autre loi du Parlement du Canada, rendre des ordonnances pour le gouvernement des territoires relativement aux catégories de sujets suivantes, savoir:

c) les institutions municipales dans les territoires, y compris les districts administratifs locaux, les districts scolaires, les régions non organisées et les districts d'irrigation;

f) la constitution en corporation de compagnies à fins territoriales, y compris les compagnies de tramways et

panies but excluding railway, steamship, air transport, canal, telegraph, telephone or irrigation companies;

(h) property and civil rights in the Territories;

(s) the closing up, varying, opening, establishing, building, management or control of any roads, streets, lanes or trails on public lands;

(u) the establishment, maintenance and management of hospitals in and for the Territories;

(x) generally, all matters of a merely local or private nature in the Territories;

Note must be taken of the limited scope of paras. (f) and (s) as contrasted with head 10 of s. 92. I can see no valid reason for presuming that in enacting the definition of "federal work, undertaking or business" for the purposes of the *Canada Labour Code*, Parliament intended that its scope would be restricted by consideration of the extent of the Commissioner's legislative authority in the same way as it is necessarily restricted by consideration of the extent of the provinces' legislative authority. Paragraph (i) is a clear indication to the contrary and this is further borne out by s. 27 as well as by similar provisions in s. 80. The subordinate position of the Commissioner was obviously kept in mind.

This leaves for consideration as the only question in this case whether, in the context of the *Labour Code*, the definition of the expression "federal work, undertaking or business" embraces the operations of a municipal corporation.

In considering this question, one has to bear in mind that it is well settled that jurisdiction over labour matters depends on legislative authority over the operation, not over the person of the employer. In *Canadian Pacific Railway v. Corporation of the Parish of Notre-Dame de Bonsecours*³ (at p. 372), Lord Watson said:

³ [1899] A.C. 367.

de chemins de fer urbains, mais à l'exclusion des compagnies de chemin de fer, des compagnies de bateaux à vapeur, de transport aérien, de canaux, de télégraphe, de téléphone ou d'irrigation;

h) la propriété et les droits civils dans les territoires;

s) la fermeture, la modification, l'ouverture, l'établissement, la construction, l'administration ou le contrôle de tout chemin, rue, ruelle ou sentier sur des terres publiques;

u) l'établissement, l'entretien et l'administration d'hôpitaux dans les territoires et pour ceux-ci;

x) en général, toutes matières d'une nature purement locale ou privée, dans les territoires;

Il faut noter le champ d'application limité des al. f) et s) comparés au par. 10 de l'art. 92. Je ne vois pas de raison valable pour supposer qu'en adoptant la définition d'«entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale», pour les besoins du *Code canadien du travail*, le Parlement entendait en restreindre le champ d'application au regard du pouvoir législatif du commissaire, de la même façon qu'il est nécessairement limité au regard du pouvoir législatif des provinces. L'alinéa i) indique clairement le contraire et ceci est, de plus, corroboré par l'art. 27 aussi bien que par les dispositions similaires de l'art. 80. Il est évident qu'on prenait en considération la situation de dépendance du commissaire.

Cela étant, il reste à trancher la question de savoir si, dans le contexte du *Code du travail*, la définition de l'expression «entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale» englobe les activités d'une corporation municipale.

En examinant cette question, on doit se rappeler qu'il est bien établi que la compétence en matière de travail relève du pouvoir législatif sur l'exploitation et non sur la personne de l'employeur. Dans *Canadian Pacific Railway v. Corporation of the Parish of Notre-Dame de Bonsecours*³ (à la p. 372), lord Watson a dit:

³ [1899] A.C. 367.

... the Parliament of Canada has, in the opinion of their Lordships, exclusive right to prescribe regulations for the construction, repair, and alteration of the railway, and for its management, and to dictate the constitution and powers of the company.

In accordance with this view of the criterion for the division of legislative jurisdiction, it was decided that jurisdiction over hotel employees was provincial even in the case of hotels owned by a federal railway company: *Canadian Pacific Railway v. Attorney General for British Columbia and Attorney General for Canada*⁴; *Canada Labour Relations Board v. C.N.R.*⁵.

Similarly, the provinces' legislative authority under head 8 of s. 92, "Municipal Institutions in the Province" was given a limited scope. In *Attorney General for Ontario v. Attorney General for the Dominion (Liquor Licence Act case)*⁶, Lord Watson said (at pp. 363-364):

The authority of the Legislature of Ontario to enact s. 18 of 53 Vict. c. 56, was asserted by the appellant on various grounds. The first of these, which was very strongly insisted on, was to the effect that the power given to each province by No. 8 of s. 92 to create municipal institutions in the province necessarily implies the right to endow these institutions with all the administrative functions which had been ordinarily possessed and exercised by them before the time of the Union. Their Lordships can find nothing to support that contention in the language of s. 92, No. 8, which, according to its natural meaning, simply gives provincial legislatures the right to create a legal body for the management of municipal affairs. Until confederation, the Legislature of each province as then constituted could, if it chose, and did in some cases, entrust to a municipality the execution of powers which now belong exclusively to the Parliament of Canada. Since its date a provincial Legislature cannot delegate any power which it does not possess; and the extent and nature of the functions which it can commit to a municipal body of its own creation must depend upon the legislative authority which it derives from the provisions of s. 92 other than No. 8.

⁴ [1950] A.C. 122.

⁵ [1975] 1 S.C.R. 786.

⁶ [1896] A.C. 348.

[TRADUCTION] ... selon leurs Seigneuries, le Parlement du Canada a le droit exclusif de prescrire des règlements pour la construction, les réparations et les modifications des chemins de fer et pour leur gestion et pour réglementer la constitution et les pouvoirs de la compagnie.

Conformément à ce critère de la répartition de la compétence législative, on a jugé que les employés d'hôtels relevaient de la compétence provinciale, même dans le cas d'hôtels appartenant à une compagnie fédérale de chemins de fer: *Le Canadien Pacifique c. Le Procureur général de la Colombie-Britannique et Le Procureur général du Canada*⁴; *Le Conseil canadien des relations du travail c. La Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada*⁵.

De même, le par. 8 de l'art. 92, «les institutions municipales dans la province», accorde aux provinces un pouvoir législatif limité. Dans *Le Procureur général de l'Ontario c. Le Procureur général du Canada (l'affaire des prohibitions locales)*⁶, lord Watson dit (aux pp. 363 et 364):

[TRADUCTION] L'appelant a affirmé qu'il y avait plusieurs sources en vertu desquelles la législature de l'Ontario avait le pouvoir d'adopter l'article 18. 53 Vict. ch. 56. On a longuement insisté sur la première de ces sources, soit que la compétence de chaque province de créer des institutions municipales en vertu du paragraphe 8 de l'article 92 impliquerait nécessairement le droit d'investir ces institutions de toutes les responsabilités administratives qu'elles possédaient et exerçaient communément avant l'Union. Leurs Seigneuries ne trouvent rien qui puisse appuyer cette prétention en lisant le paragraphe 8 de l'article 92. En effet, sa signification littérale ne fait que donner aux provinces le droit de créer une entité juridique pour l'administration des affaires municipales. Jusqu'à la Confédération, la législature de chacune des provinces alors existantes pouvait (ce qui a été fait en certains cas) confier aux municipalités l'exercice de certains pouvoirs qui appartiennent maintenant exclusivement au Parlement du Canada. Depuis lors, une législature provinciale ne peut déléguer des pouvoirs qu'elle ne possède plus. La nature et l'étendue des fonctions que les provinces peuvent déléguer aux organismes municipaux qu'elles créent dépendent essentiellement des compétences législatives qu'elles exercent en vertu des dispositions de l'article 92, autres que le paragraphe 8.

⁴ [1950] A.C. 122.

⁵ [1975] 1 R.C.S. 786.

⁶ [1896] A.C. 348.

Recently, in *Letter Carriers Union v. C.U.P.W.*⁷, this Court was unanimous in holding that persons employed in carrying mail as employees of a company doing such work under a contract for the post office, were covered by s. 108 of the *Canada Labour Code* although their employer operated a local business. The character of the operation was to be defined by reference to the fact that it was part of the postal service, a federal concern.

In my view, it would not be proper to seek to put a restricted meaning on any of the words "work, undertaking or business" as used in the *Labour Code* so as to exclude from their scope all activities of municipal corporations. Some of these operations, like waterworks and sewage systems, undoubtedly come within any concept of "work". Others, like protection or sanitation services, cannot be excluded from the scope of "undertaking" without doing violence to the language, and "business" has been said to mean "almost anything which is an occupation, as distinguished from a pleasure—anything which is an occupation or duty which requires attention . . ." (per Lindley, L.J. in *Rolls v. Miller*⁸, at p. 88). There is no doubt that the word "business" is often applied to operations carried on without an expectation of profit. In my view, it would be contrary to the whole concept of classifying employees for jurisdictional purposes by reference to the character of the operation, to attempt to make a distinction depending upon whether the employer is a private company or a public authority. Different considerations may obtain where the employer is a government or government corporation and this is apparent from s. 109 of the *Labour Code*. However, this is a question with which we are not concerned in this case.

For the above reasons, I would hold that the Canada Labour Board did not exceed its jurisdiction and accordingly allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, dismiss the application of the City of Yellowknife and restore

⁷ [1975] 1 S.C.R. 178.

⁸ (1884), 27 Ch.D. 71.

Récemment dans *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*⁷, cette Cour a jugé, à l'unanimité, que des personnes affectées au transport du courrier comme employés d'une compagnie faisant ce travail en vertu d'un contrat avec les Postes canadiennes, étaient couvertes par l'art. 108 du *Code canadien du travail*, bien que leur employeur exploitât une entreprise locale. Le caractère de l'exploitation devait être défini au regard du fait qu'elle faisait partie du service postal, une entreprise fédérale.

A mon avis, il ne faut pas chercher à donner un sens restreint à l'un quelconque des termes «ouvrage, entreprise ou affaire» tels qu'ils sont utilisés dans le *Code du travail*, de façon à exclure de leur domaine toutes les activités des corporations municipales. Certaines d'entre elles, tels les systèmes d'adduction d'eau et d'égouts, relèvent indubitablement du concept d'«ouvrage». D'autres, tels les services de sûreté ou sanitaires, ne peuvent pas être exclus du domaine de l'«entreprise» sans dénaturer l'expression, et le terme «affaire» a été défini comme [TRADUCTION] «presque tout ce qui est une occupation, par opposition à un plaisir—n'importe quel devoir ou occupation qui exige de l'attentions . . . » (le lord juge Lindley, dans *Rolls v. Miller*⁸, à la p. 88). Il va sans dire que le terme «affaire» est souvent appliqué à des activités poursuivies sans but lucratif. A mon avis, essayer d'établir une distinction dépendant du fait qu'un employeur est une compagnie privée ou une administration publique, serait contraire à tout le concept de classification des employés, à des fins de compétence, en fonction du caractère de l'entreprise. D'autres considérations peuvent prévaloir si l'employeur est le gouvernement ou une compagnie gouvernementale et ceci est manifeste dans l'art. 109 du *Code du travail*. Cependant, c'est une question dont nous n'avons pas à nous occuper en l'espèce.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le Conseil canadien des relations du travail n'a pas excédé sa compétence et, en conséquence, qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel, de rejeter la demande de la ville de Yel-

⁷ [1975] 1 R.C.S. 178.

⁸ (1884), 27 Ch.D. 71.

the Board's certificate with costs to Public Service Alliance of Canada in this Court and in the Federal Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant, Canada Labour Relations Board: D. H. Aylen, Ottawa.

Solicitors for the appellant, Public Service Alliance of Canada: Honeywell & Wotherspoon, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Stratton & Lucas, Edmonton.

lowknife et de rétablir le certificat du Conseil avec dépens en faveur de l'Alliance de la Fonction publique du Canada dans cette Cour et en Cour d'appel fédérale.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant, le Conseil canadien des relations du travail: D. H. Aylen, Ottawa.

Procureurs de l'appelante, l'Alliance de la Fonction publique du Canada: Honeywell & Wotherspoon, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Stratton & Lucas, Edmonton.

Canadian Cablesystems (Ontario) Limited
Appellant;

and

Consumers' Association of Canada, Mrs. Helen Clements, Mrs. Mary Fisher and Mrs. Margaret Langford *Respondents;*

and

The Canadian Radio-Television Commission
Respondent.

1977: March 30, 31; 1977: April 29.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Appeal — Decision of Commission set aside by Federal Court of Appeal — Leave to appeal granted by Supreme Court — Ground of appeal lost — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41 (enacted 1974-75-76 (Can.) c. 18, s. 5) — Broadcasting Act, R.S.C. 1970 c. B-11, s. 19.

The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission's decision of October 28, 1975, approved appellant's claim for an increase in service fees and installation charges. The respondent Consumers' Association of Canada objected to the decision, on the ground that it had not had the opportunity to examine the financial information concerning appellant, that was known to, but not disclosed by, the Commission.

This led to appeal and request for review by the Federal Court of Appeal of the Commission's decision. The Court set aside the decision and remitted the matter to the Commission for reconsideration, "after the requirements of s. 19 of the *Broadcasting Act* have been complied with".

The Court's order was dated April 9, 1976, and, four days later, appellant requested the Commission to proceed with the reconsideration directed by the Court. The Commission decided not to challenge the decision of the Federal Court of Appeal and later made a policy pronouncement, modifying its previous practice as to non-disclosure of financial information.

The proceeding of April 13, 1976, was unknown to the Supreme Court on October 19, 1976, when it gave appellant leave (later extended as to time) to appeal from the decision of the Federal Court.

Canadian Cablesystems (Ontario) Limited
Appelante;

et

L'Association des consommateurs du Canada, M^{mes} Helen Clements, Mary Fisher et Margaret Langford *Intimées;*

et

Le Conseil de la Radio-Télévision canadienne *Intimé.*

1977: les 30 et 31 mars; 1977: le 29 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Appel — Décision du Conseil annulée par la Cour d'appel fédérale — Autorisation d'appeler accordée par la Cour suprême — Disparition du motif d'appel — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 41 (promulguée par 1974-75-76 (Can.) c. 18, art. 5) — Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, c. B-11, art. 19.

La décision du 28 octobre 1975 du Conseil de la Radio-Télévision canadienne approuvait l'augmentation du tarif et la perception de frais d'installation par l'appelante. L'Association des consommateurs du Canada, intimée, a contesté la décision, au motif qu'elle n'avait pas eu l'occasion d'examiner les renseignements d'ordre financier concernant l'appelante, qui étaient connus du Conseil mais n'avaient pas été communiqués par lui.

Sur appel et demande d'examen, la Cour d'appel fédérale a annulé la décision du Conseil et lui a renvoyé la question pour nouvel examen, «après que l'on aura satisfait de l'art. 19 de la *Loi sur la radiodiffusion.*»

L'ordonnance de la Cour était datée du 9 avril 1976 et, quatre jours plus tard, l'appelante a demandé au Conseil de procéder au nouvel examen ordonné par la Cour. Le Conseil a décidé de ne pas attaquer la décision de la Cour d'appel fédérale et a annoncé plus tard un changement de sa politique sur la question de la communication de renseignements financiers.

La Cour suprême n'était pas au courant de la procédure du 13 avril 1976 quand, le 19 octobre 1976, elle a autorisé l'appelante (autorisation dont le délai a été prorogé par la suite) à interjeter appel de la décision de la Cour d'appel fédérale.

The Commission's decision on the reconsidered application, made on June 28, 1976, approved the requested fees and charges but not retroactively.

Held: The appeal should be quashed.

Appellant acquiesced in the decision of the Federal Court of Appeal or, at least, was content to pursue its claim for increased service fees and an installation charge on the basis of that decision, that is, of having its financial position disclosed.

Appellant seeks to attack the decision of June 28, 1976, collaterally, after having invited the Commission to act on the order made by the Federal Court of Appeal. No appealable decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission is extant, in any sense that makes it cognizable here. It was displaced, in accordance with the April 9, 1976 order of the Federal Court of Appeal, by a later decision, made after the parties acted upon that order.

It is no longer enough to establish that a *lis* of some sort exists to oblige the Supreme Court to hear an appeal, as was the case when appeals came here as of right. Leave has been required, in all civil matters, since January 25, 1975. The Supreme Court will give leave to come here in such matters only if the appellant makes out a case under s. 41 of the *Supreme Court Act*. Although the Court will rarely thereafter refuse to entertain an 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 the Supreme Court itself.

Coca-Cola Co. v. Mathews, [1944] S.C.R. 385, *c.f.* *Oatway v. Canadian Wheat Board*, [1945] S.C.R. 204; *Schlomann v. Dowker* (1900), 30 S.C.R. 323 applied; *Lissenden v. C.A. Bosch, Ltd.*, [1940] A.C. 412; *Findlay v. Findlay*, [1952] 1 S.C.R. 96; *Burrows v. Becker* (1968), 70 D.L.R. (2d) 433; *International Brotherhood of Electrical Workers v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628 distinguished.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal setting aside a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. Appeal quashed.

D. J. Wright, Q.C., and *R. N. Waterman*, for the appellant.

La décision du Conseil sur le nouvel examen de la demande, intervenue le 28 juin 1976, a approuvé les tarifs et les frais proposés, mais sans rétroactivité.

Arrêt: Le pourvoi doit être annulé.

L'appelante a acquiescé à la décision de la Cour d'appel fédérale ou, du moins, a consenti à poursuivre sa demande d'augmentation des tarifs et de perception de frais d'installation en se conformant à cette décision, c'est-à-dire en acceptant que les renseignements sur sa situation financière soient rendus publics.

L'appelante cherche à attaquer indirectement la décision rendue par le Conseil le 28 juin 1976, après avoir invité ce dernier à agir selon l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale. Il ne subsiste aucune décision du Conseil de la Radio-Télévision canadienne susceptible d'appel devant cette Cour. La décision en cause a été remplacée, conformément à l'arrêt de la Cour d'appel fédérale du 9 avril 1976, par une décision ultérieure intervenue après que les parties eurent agi en se fondant sur cet arrêt.

Il ne suffit plus d'établir qu'un litige quelconque existe pour obliger la Cour suprême à entendre un pourvoi, comme c'était le cas quand les appels étaient introduits de plein droit. Depuis le 25 janvier 1975, une autorisation est exigée en matière civile. La Cour suprême n'accordera une autorisation en cette matière que si l'appelant répond aux conditions de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*. La Cour refusera rarement d'examiner un 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 la Cour suprême elle-même.

Arrêts appliqués: *Coca-Cola Co. c. Mathews*, [1944] R.C.S. 385, *c.f.* *Oatway c. Canadian Wheat Board*, [1945] R.C.S. 204; *Schlomann c. Dowker* (1900), 30 R.C.S. 323. Distinction faite avec les arrêts: *Lissenden v. C.A. Bosch, Ltd.*, [1940] A.C. 412; *Findlay c. Findlay*, [1952] 1 R.C.S. 96; *Burrows v. Becker* (1968), 70 D.L.R. (2d) 433; *International Brotherhood of Electrical Workers c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale annulant une décision du Conseil de la Radio-Télévision canadienne. Pourvoi annulé.

D. J. Wright, c.r., et *R. N. Waterman*, pour l'appelante.

John P. Nelligan, Q.C., and Greg Kane, for the respondents, Consumers' Association of Canada et al.

John M. Johnson, for the respondent, Canadian-Radio-television Commission.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—At the opening of the hearing of the appeal in this case the Court, *suo motu*, raised the question whether there was any *lis* involved in the appeal of such a character as to justify this Court in entertaining the appeal on the merits. Although the Court had given the appellant leave to appeal on October 19, 1976, following a hearing on October 6, 1976, doubt was created by reason of assertions in the factum of the respondent Consumers' Association of Canada, as to whether the issue on which leave was sought had not become moot by reason of facts existing at the time the application for leave was heard, facts which were not made a matter of record for the Court hearing the application nor put before the Court by counsel for the applicant. Moreover, they were not then brought before the Court by counsel for the respondent Consumers' Association of Canada, which appeared in opposition to the application for leave.

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: see *Coca-Cola Co. v. Mathews*¹; cf. *Oatway v. Canadian Wheat Board*²,

¹ [1944] S.C.R. 385.

² [1945] S.C.R. 204.

John P. Nelligan, c.r., et Greg Kane, pour les intimées, l'Association des consommateurs du Canada et autres.

John M. Johnson, pour l'intimé, le Conseil de la Radio-Télévision canadienne.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—A l'ouverture de l'audition, cette Cour, de son propre chef, a soulevé la question de savoir s'il y avait dans ce pourvoi un litige de nature à justifier qu'elle examine le pourvoi au fond. Bien que la Cour ait donné à l'appelante l'autorisation de se pourvoir le 19 octobre 1976, à la suite d'une audition en date du 6 octobre 1976, les affirmations contenues dans le factum de l'intimée, l'Association des consommateurs du Canada, ont suscité un doute sur le point de savoir si la question faisant l'objet de la demande d'autorisation n'était pas devenue purement théorique en raison de faits qui existaient à l'époque de ladite demande et qui n'avaient pas été mis au dossier devant la Cour jugeant la demande ni soumis à la Cour par l'avocat de la requérante. De plus, ils n'avaient pas été présentés à la Cour par l'avocat de l'intimée, l'Association des consommateurs du Canada, qui était venu s'opposer à la demande d'autorisation.

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.), c. 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; voir *Coca-Cola Co. c. Mathews*¹; cf. *Oatway c. Canadian Wheat Board*², (base de l'appel sup-

¹ [1944] R.C.S. 385.

² [1945] R.C.S. 204.

(substratum of appeal removed); *Schlomann v. Dowker*³.

In the present case what was sought to be appealed was an order of the Federal Court of Appeal of April 9, 1976, setting aside a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission and remitting to that Commission the matter that was before it for reconsideration "after the requirements of s. 19 of the *Broadcasting Act* have been complied with". Section 19 relates to the holding of public hearings by the Commission. What was involved in the joint appeal and review before the Federal Court of Appeal was whether there should be public disclosure at such a hearing of certain financial statements and projections as to future earnings of the appellant licensee, which had applied to the Commission to amend its cable television licence to permit it to increase its charge to subscribers for basic service and to exact an installation charge.

The information had been supplied to the Commission by the appellant, but had been kept confidential under Commission policy at the time and at the insistence as well of the appellant. The respondent Consumers' Association objected to the Commission's decision made on October 28, 1975, approving the service charge increase and the installation charge, on the ground that it had not had an opportunity to examine the financial information that was before the Commission. It was the question of the right to have disclosure of such information that precipitated the appeal and the request for review by the Federal Court of Appeal of the Commission's decision. That was the issue which was canvassed in the application for leave brought to this Court. There is no doubt of the importance of that issue in relation to the Commission's licensing powers and this Court underlined its appreciation of that fact by granting leave to appeal.

What the Court hearing the application did not then know was that four days after the judgment of the Federal Court of Appeal, that is on April 13, 1976, the appellant requested the Commission to proceed with the reconsideration directed by

³ (1900), 30 S.C.R. 323.

primée); *Schlomann c. Dowker*³.

Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale en date du 9 avril 1976, annulant une décision du Conseil de la Radio-Télévision canadienne et ordonnant à ce dernier de réexaminer la question qui lui était soumise «après que l'on aura satisfait aux exigences de l'art. 19 de la *Loi sur la radiodiffusion*». L'article 19 vise la tenue d'auditions publiques par le Conseil. La question qui se posait dans l'appel et la demande d'examen soumis à la Cour d'appel fédérale était de savoir si, à ces auditions, l'on devait rendre publics certains états financiers et prévisions de recettes de la titulaire de la licence, l'appelante, qui avait demandé au Conseil de modifier sa licence de télévision par câble pour lui permettre d'augmenter le tarif aux abonnés de son service ordinaire et de percevoir des frais d'installation.

Les renseignements, fournis au Conseil par l'appelante, sont restés confidentiels aux instances de l'appelante et conformément à la politique du Conseil à cette époque. L'intimée, l'Association des consommateurs, a contesté la décision du Conseil du 28 octobre 1975 approuvant l'augmentation du tarif et la perception de frais d'installation, au motif qu'elle n'avait pas eu l'occasion d'examiner les renseignements d'ordre financier soumis au Conseil. C'est la question du droit de prendre connaissance de ces renseignements qui a précipité l'appel et la demande d'examen de la décision du Conseil devant la Cour fédérale. Telle était la question exposée dans la demande d'autorisation présentée à cette Cour. L'importance de cette question relativement au pouvoir du Conseil d'accorder des licences ne fait aucun doute, comme l'a reconnu cette Cour en autorisant le pourvoi.

Mais ce que la Cour entendant la demande ne savait pas, c'est que quatre jours après l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, c'est-à-dire le 13 avril 1976, l'appelante a demandé au Conseil de procéder au nouvel examen ordonné par jugement. Le 14 avril

³ (1900), 30 R.C.S. 323.

that Court. On April 14, 1976, the Commission gave notice of a public hearing in the matter, to be held on May 19, 1976. Counsel for the appellant contended that this was a direction by the Commission which it was bound to obey, but counsel for the Commission, which as a respondent to the appeal, was represented before this Court, said that the Commission acted only because of the appellant's request; it viewed the appellant's application as a voluntary submission which could be withdrawn, and the announcement of April 14, 1976 was not an order. The Commission had decided not to challenge the Federal Court of Appeal's decision and, indeed, it appears that it later made a policy announcement modifying its previous practice as to non-disclosure of financial information.

The conclusion is inescapable that the appellant acquiesced in the Federal Court of Appeal's decision, or, at least, was content to pursue its claim for increased service fees and an installation charge on the basis of the Federal Court of Appeal's decision, that is to say, on the basis of having its financial position disclosed. The Commission, apparently, substantially reheard the appellant's application and reserved judgment on May 20, 1976. Shortly after the time it gave notice of the public hearing, which it had fixed for May 19, 1976, the Commission authorized the appellant to continue to collect the charges which had been approved under the decision of October 28, 1975, provided that the money collected was kept in trust pending the reconsideration of the matter by the commission and pending its decision thereon.

On June 2, 1976 the appellant moved, on consent of the Consumers' Association and of the Commission, for an order to extend to October 5, 1976 the time to apply for leave to appeal to the Supreme Court of Canada. Pigeon J. made the order accordingly. In support of the application, a member of the firm of solicitors representing the appellant swore an affidavit in which he deposed that the pending decision of the Commission might render the appeal to the Supreme Court unnecessary. He put it this way in para. 13 of his affidavit:

1976, le Conseil donna avis d'une audition publique sur la question pour le 19 mai 1976. L'avocat de l'appelante a prétendu que c'était là une directive du Conseil à laquelle sa cliente était obligée d'obéir, mais l'avocat du Conseil qui, en sa qualité d'intimé au pourvoi, était représenté devant cette Cour, a déclaré que le Conseil avait agi uniquement à la demande de l'appelante. Il considérait la demande de l'appelante comme un acte volontaire qui pouvait être retiré et que l'avis du 14 avril 1976 ne constituait pas un ordre. Le Conseil décida de ne pas attaquer la décision de la Cour d'appel fédérale et il appert, en effet, qu'il a annoncé plus tard un changement de politique sur la question de la communication de renseignements financiers.

La conclusion inéluctable est que l'appelante a acquiescé à la décision de la Cour d'appel fédérale ou, au moins, qu'elle a consenti à poursuivre sa demande d'augmentation des tarifs et de perception de frais d'installation en se conformant à la décision de la Cour d'appel fédérale, c'est-à-dire en acceptant que les renseignements sur sa situation financière soient rendus publics. Apparemment, le Conseil a réexaminé l'ensemble de la demande de l'appelante et a pris sa décision en délibéré le 20 mai 1976. Peu après avoir annoncé l'audition publique, qu'il avait fixée au 19 mai 1976, le Conseil a autorisé l'appelante à continuer de percevoir les tarifs approuvés par sa décision du 28 octobre 1975 à la condition que l'argent perçu fût gardé en fiducie en attendant le nouvel examen de l'affaire par le Conseil et sa décision.

Le 2 juin 1976, l'appelante, avec le consentement de l'Association des consommateurs et du Conseil, a sollicité la prorogation au 5 octobre 1976 du délai pour demander l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême du Canada. Le juge Pigeon a rendu l'ordonnance nécessaire. A l'appui de la demande, un membre du cabinet d'avocats représentant l'appelante a soumis un affidavit dans lequel il déclarait que la décision prochaine du Conseil rendrait éventuellement inutile le recours à la Cour suprême. Voici comment il s'est exprimé au para. 13 de son affidavit:

13. In the event that the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission makes an Order permitting Canadian Cablesystems (Ontario) Limited to keep such funds, there would be no purpose to be served in proceeding with an appeal from the Federal Court of Appeal Judgment.

Although declaring that the appellant intended to appeal to the Supreme Court, the affidavit was candid enough to say that leave to appeal would not be sought if the Commission's second decision allowed it to retain the money held in trust as well as otherwise approving the charges proposed by the appellant. To cover itself in respect of a possible appeal, the appellant, on consent, also obtained an order from the Federal Court of Appeal on June 8, 1976 for an extension of time in respect of leave of that Court to appeal here.

The Commission's decision upon the reconsidered application was made on June 28, 1976. It approved the requested charges but decided that it had no power to authorize collection of those charges retroactively, and hence it ordered a refund of the trust money to subscribers. Leave to appeal this decision to the Federal Court of Appeal, in respect of the disposition of the increased charges collected prior to June 28, 1976, was obtained by the appellant on September 15, 1976, but an agreement was made by the parties to have the appeal stayed pending the decision of the Supreme Court of Canada on the proposed appeal thereto, and an order to this effect was made on November 17, 1976, which was after the Supreme Court gave leave to appeal. If I understood counsel for the appellant correctly, the parties later went beyond a mere stay and have terminated the proceedings before the Federal Court of Appeal, burning their bridges behind them, so to speak.

It is plain to me that the issue in the forefront of the appellant's concern was the disposition of the money collected after the Commission's first decision and up to its reconsidered decision of June 28, 1976. The disclosure issue had been passed by, and I cannot agree that any contention remained in respect thereof. Although success on that issue here would mean that the Federal Court of Appeal's decision of April 9, 1976 would be set

[TRADUCTION] 13. Au cas où le Conseil de la Radio-Télévision canadienne rendrait une ordonnance autorisant Canadian Cablesystems (Ontario) Limited à garder ces fonds, il n'y aurait aucune utilité à interjeter appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale.

Bien que déclarant que l'appelante entendait se pourvoir devant la Cour suprême, l'affidavit indiquait franchement qu'elle n'en demanderait pas l'autorisation si la seconde décision du Conseil lui permettait de garder le montant détenu en fiducie et approuvait aussi les nouveaux tarifs proposés. Pour se couvrir en cas de pourvoi, l'appelante, avec le consentement des parties, a également obtenu, le 8 juin 1976, une ordonnance de la Cour d'appel fédérale, prorogeant le délai fixé pour pouvoir demander à cette dernière l'autorisation d'interjeter appel devant nous.

La décision du Conseil sur nouvel examen de la demande intervint le 28 juin 1976. Il approuvait les tarifs proposés, mais décidait qu'il n'était pas compétent pour autoriser leur perception rétroactive; partant, il ordonnait le remboursement aux abonnés de l'argent détenu en fiducie. Le 15 septembre 1976, l'appelante obtint l'autorisation de faire appel devant la Cour d'appel fédérale relativement au sort des nouveaux tarifs perçus avant le 28 juin 1976. Les parties convinrent toutefois de demander la suspension de l'appel en attendant la décision de la Cour suprême du Canada sur le pourvoi envisagé et une ordonnance dans ce but fut rendue le 17 novembre 1976, après que la Cour suprême eut accordé son autorisation. Si j'ai bien compris l'avocat de l'appelante, les parties allèrent ensuite au-delà d'une simple suspension et mirent fin aux procédures devant la Cour d'appel fédérale, coupant ainsi tous les ponts derrière elles, si l'on peut dire.

Pour moi, il est clair que la question au premier plan des préoccupations de l'appelante était le sort de l'argent perçu entre la première décision du Conseil et sa décision modifiée du 28 juin 1976. On avait abandonné la question de la communication des documents et je ne peux admettre qu'il subsiste le moindre litige à ce sujet. Si l'appelante obtenait gain de cause sur cette question devant nous, la décision du 9 avril 1976 rendue par la

aside and the Commission's decision of October 28, 1975 possibly restored, the reality of the matter is that the appellant is seeking to attack the Commission's decision of June 28, 1976 collaterally, after having invited the Commission to act on the Federal Court of Appeal's order of April 9, 1976.

On another view of the matter, there is no appealable decision of the Commission which is extant in any sense that makes it cognizable here. It was displaced, in accordance with the April 9, 1976 order of the Federal Court of Appeal, by a later decision made after the parties acted upon that order.

Counsel for the appellant urged upon this Court principles expressed or applied by the House of Lords in *Lissenden v. C.A.V. Bosch, Ltd.*⁴ and considered in this Court in *Findlay v. Findlay*⁵ and *Burrows v. Becker*⁶. This line of cases is inapplicable to the state of facts disclosed here.

I think it proper that I should refer to the judgment of this Court in *International Brotherhood of Electrical Workers v. Winnipeg Builders' Exchange*⁷, where, when the appeal came on for hearing, it was contended, *inter alia*, that the Court should refuse to hear the appeal, notwithstanding that leave had been granted, because the interlocutory injunction which had been granted, and out of which the subsequent proceedings arose, was spent. Cartwright J., as he then was, speaking for the Court, stated that in such circumstances it was the Court's well-settled practice to refuse to entertain an appeal. He pointed out, however, that the authorities on this question were before the Court on the application for leave and, it is clear that the Court hearing the application was fully apprised of the facts which might have a bearing on whether leave should be granted. Cartwright J. went on to say this (at p. 636):

⁴ [1940] A.C. 412.

⁵ [1952] 1 S.C.R. 96.

⁶ (1968), 70 D.L.R. (2d) 433.

⁷ [1967] S.C.R. 628.

Cour d'appel fédérale serait annulée et la décision rendue par le Conseil le 28 octobre 1975 serait peut-être rétablie, mais en réalité, l'appelante cherche à attaquer indirectement la décision rendue par le Conseil le 28 juin 1976, après l'avoir invité à agir selon l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale du 9 avril 1976.

D'autre part, il ne subsiste aucune décision du Conseil susceptible d'appel devant cette Cour. La décision en cause a été remplacée, conformément à l'arrêt de la Cour d'appel fédérale du 9 avril 1976, par une décision ultérieure intervenue après que les parties eurent agi en se fondant sur cet arrêt.

L'avocat de l'appelante a invoqué devant cette Cour les principes exprimés ou appliqués par la Chambre des lords dans *Lissenden v. C.A.V. Bosch, Ltd.*⁴ et examinés par cette Cour dans *Findlay c. Findlay*⁵ et *Burrows c. Becker*⁶. Cette tendance jurisprudentielle n'est pas applicable aux faits de l'espèce.

Il convient de mentionner le jugement de cette Cour dans *International Brotherhood of Electrical Workers c. Winnipeg Builders' Exchange*⁷, où l'on a notamment prétendu lorsque le pourvoi est venu à l'audience que la Cour devrait refuser de l'entendre, malgré l'autorisation accordée, parce que l'injonction interlocutoire qui était à l'origine des procédures était périmée. Le juge Cartwright, alors juge puîné, parlant au nom de la Cour, a déclaré qu'en de telles circonstances c'était la pratique bien établie de la Cour de refuser d'entendre le pourvoi. Toutefois, il a souligné que la jurisprudence invoquée sur cette question était devant la Cour lors de la demande d'autorisation d'appel et qu'il était clair que la Cour, au moment où elle a entendu la demande, était parfaitement au courant des faits qui pouvaient avoir une influence sur la question de savoir si l'autorisation devait être accordée. Le juge Cartwright a poursuivi en ces termes (à la p. 636):

⁴ [1946] A.C. 412.

⁵ [1952] 1 R.C.S. 96.

⁶ (1968), 70 D.L.R. (2d) 433.

⁷ [1967] R.C.S. 628.

... leave was granted because it was urged that a question of law of great and nation-wide importance was involved as to which there was a difference of opinion in the Courts below and, from the nature of things, it was unlikely that unless leave were granted in this or a similar case it would ever be possible to bring that question before this Court for determination.

The Court, in short, recognized the situation that arises quite frequently in labour-management disputes where an interlocutory injunction, once granted, results in a cessation of the unlawful activity which gave rise to the injunction and a consequent end to or settlement of the friction between the parties but leaving important questions of law at large. The present case exhibits no comparable situation.

In my opinion, the present appeal has lost its raison d'être and I would, accordingly, order that it be quashed. Having regard to the compliant position of the respondents until the motion for leave was argued here, and to the fact that matters relevant to the consideration of the application to this Court for leave were not put before the Court by any of the parties, I would make no order as to costs.

Appeal quashed.

Solicitors for the appellant: Lang, Michener, Cranston, Farquharson & Wright, Toronto.

Solicitor for the Consumers' Association of Canada et al., respondents: T. Gregory Kane, Ottawa.

Solicitor for the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission, respondent: C. C. Johnston, Ottawa.

[TRADUCTION] ... l'autorisation a été accordée parce qu'on a fait valoir qu'il s'agissait d'une question de droit d'importance capitale et nationale, divisant les cours d'instance inférieure et que, vu la nature de cette question, à moins qu'une autorisation ne fût accordée dans cette affaire ou dans une affaire semblable, il serait pratiquement impossible de soumettre la question à cette Cour.

En résumé, la Cour a tenu compte de la situation qui se présente très fréquemment dans les conflits du travail, où une injonction interlocutoire, une fois décernée, amène la cessation de l'activité illégale qui a provoqué l'injonction et met fin au conflit entre les parties ou le règle, tout en laissant d'importantes questions de droit en suspens. La situation n'est pas comparable en l'espèce.

A mon avis, le présent pourvoi a perdu sa raison d'être et, en conséquence, il convient de l'annuler. Considérant l'attitude complaisante des intimés jusqu'à ce que la demande d'autorisation soit plaidée devant cette Cour, et considérant que des faits pertinents à l'examen de la demande d'autorisation faite à cette Cour ne lui ont été révélés par aucune des parties, il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Pourvoi annulé.

Procureurs de l'appelante: Lang, Michener, Cranston, Farquharson & Wright, Toronto.

Procureur de l'Association des consommateurs du Canada et autres, intimées: T. Gregory Kane, Ottawa.

Procureur du Conseil de la Radio-Télévision canadienne, intimé: C. C. Johnston, Ottawa.

Albert Stewart *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1976: October 20; 1976: November 16.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Criminal law — Murder — Trial by judge without a jury — Stricter standard of proof than required applied to particular elements of evidence — Discretion properly exercised under s. 9(2) of Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10.

On a charge of murder, the accused elected to be tried by a judge without a jury under the provisions of s. 430 of the *Criminal Code*. The trial judge found the accused not guilty. The Appellate Division of the Supreme Court of Alberta allowed an appeal by the Crown and directed a new trial. An appeal by the accused was then brought to this Court.

The judgment of the Appellate Division was based on the following grounds: (1) the trial judge had failed to exercise properly his discretion under the provisions of s. 9(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10; (2) the references to motive in the reasons for judgment of the trial judge do not represent the law on this subject and (3) the trial judge had, on several occasions, assigned a burden of proof to the Crown which was "far more stringent" than the burden put upon the Crown in law.

Held: (Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ: There was no misuse of the trial judge's discretion, under s. 9(2) of the *Canada Evidence Act*, in the direction he gave as to how a witness who was called by the Crown should be examined before leave would be given for Crown counsel to cross-examine him as to an inconsistent statement previously made.

The two other grounds of the judgment appealed from could be summarized by saying that the trial judge misdirected himself as to the standard of proof required. He fell into a double error, not only did he apply repeatedly a much stricter standard than that which is

Albert Stewart *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1976: le 20 octobre; 1976: le 16 novembre.

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

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

Droit criminel — Meurtre — Procès devant un juge sans jury — Application à des éléments particuliers de la preuve d'une norme plus rigoureuse que celle exigée — Exercice convenable du pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 9(2) de la Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10.

Accusé de meurtre, le prévenu a choisi d'être jugé par un juge sans jury conformément à l'art. 430 du *Code criminel*. Le juge du procès a acquitté l'accusé. La Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et ordonné un nouveau procès. L'accusé a ensuite interjeté appel devant la présente Cour.

La Division d'appel a conclu: (1) que le juge du procès n'a pas exercé d'une manière convenable le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10; (2) que les références au mobile dans les motifs de jugement du juge du procès n'exposent pas l'état du droit en la matière et (3) que le juge du procès a, à plusieurs reprises, imposé au ministère public une charge de la preuve «bien plus rigoureuse» que celle qui incombe à cette dernière en droit.

Arrêt: (Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Aux termes du par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le juge du procès n'a pas abusé de son pouvoir discrétionnaire en donnant une directive sur la façon dont un témoin cité par le ministère public devait être interrogé avant que la permission ne soit accordée au ministère public de le contre-interroger au sujet d'une déclaration incompatible précédemment faite.

Les deux autres motifs du jugement attaqué reviennent à dire que le juge du procès a mal apprécié la norme de preuve exigée. Il a fait une double erreur: non seulement a-t-il, à maintes reprises, appliqué une norme plus rigoureuse que celle exigée, mais il l'a appliquée à

required, but he applied it to particular elements of the evidence taken in isolation. Instead of taking all the evidence and properly relating every fact to all the others, he dealt separately with each discarding them successively as insufficient to meet his exaggerated standard of proof.

In a charge to a jury, the failure of the trial judge to mention a large part of the incriminating evidence, to relate it properly to the rest and to instruct the jurors that the whole must be considered together in deciding whether there is proof beyond reasonable doubt, would certainly constitute misdirection requiring a new trial. There was no reason to hold otherwise in the case of a judge sitting without a jury. The judgment in this case showed serious misdirection and not mere slips. The Court of Appeal properly singled out as specially serious the manner in which incriminating statements made to police officers were swept aside because each of them taken separately did not prove anything beyond "any peradventure of doubt" or "beyond any shadow of a doubt".

Per Laskin C.J., Spence and Dickson JJ., dissenting: The trial judge, preparatory to exercising his discretion under s. 9(2) of the *Canada Evidence Act*, considered that the witness should have his memory refreshed and have an opportunity to read his alleged inconsistent statement. Counsel for the Crown resisted that reasonable request and, therefore, the trial judge exercised his discretion to refuse to permit the Crown counsel to cross-examine his own witness. That course could not be considered to be the failure to exercise his discretion in a judicial manner.

There was no error in the trial judge's statement that the absence of motive is usually considered on the side of innocence nor in his statement that if it is believed that it has been proven beyond a reasonable doubt that the accused committed the crime of which he is accused or if there is a reasonable doubt that he committed the crime the matter of motive or absence of a motive becomes unimportant. Since the trial judge used the words "After consideration of *all* of the evidence" and since a very large part of the evidence at trial was concerned solely with the question of motive, the submission by Crown counsel that what the trial judge was saying was that if he considered all of the circumstances apart from the evidence of motive and had a reasonable doubt then the evidence of motive was irrelevant, could not be accepted.

des éléments particuliers de la preuve pris isolément. Au lieu de prendre toute la preuve et de relier chaque fait à tous les autres, il a traité séparément de chacun d'eux, les écartant successivement comme insuffisants pour répondre à sa conception trop sévère des normes de la preuve.

Si dans un exposé au jury, le juge du procès omet une grande partie de la preuve incriminante, ne la rattache pas convenablement au reste et n'indique pas au jury que le tout doit être considéré dans son ensemble pour décider s'il y a une preuve au-delà de tout doute raisonnable, cela constitue certainement une directive inexacte exigeant un nouveau procès. Il n'y a aucune raison de statuer différemment dans le cas d'un juge siégeant sans jury. En l'espèce, le jugement révèle une grave erreur dans les directives et non de simples inadvertances. La Cour d'appel a distingué, à juste titre, comme particulièrement grave, la façon dont des déclarations incriminantes faites à des agents de police ont été mises de côté parce que chacune d'elles, prise séparément, ne prouvait rien au-delà «du moindre doute» ou «de l'ombre d'un doute».

Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson, dissidents: Le juge du procès, avant d'exercer le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, a estimé qu'il fallait rafraîchir la mémoire du témoin et lui donner l'occasion de lire ses prétendues déclarations incompatibles. Le ministère public s'est opposé à cette demande raisonnable et, en conséquence, le savant juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant de permettre au ministère public de contre-interroger son propre témoin. On ne peut considérer qu'en agissant de cette façon, le juge n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière judiciaire.

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a dit que l'absence de mobile joue généralement en faveur de l'innocence de l'accusé et que si l'on croit qu'il a été prouvé au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le crime qu'on lui reproche où s'il y a un doute raisonnable qu'il ait commis le crime, la question du mobile ou de l'absence de mobile devient sans importance. Étant donné que le juge du procès a utilisé l'expression «après avoir considéré *toute* la preuve», et vu qu'une très grande partie de la preuve au procès visait seulement la question du mobile, on ne peut accepter la prétention du ministère public que le juge du procès disait que s'il prenait en considération toutes les circonstances, à l'exclusion du mobile, et s'il avait un doute raisonnable, la preuve relative au mobile était alors sans pertinence.

The third ground of the Appellate Division's judgment should be rejected. Under the circumstances, following the words used by Crown counsel in his address, the trial judge's use in his reasons for judgment of the terms "beyond any peradventure of doubt", "conclusively" and "beyond any shadow of a doubt" cannot indicate his burdening of the Crown with any stricter standard of truth than the criminal law requires. The trial judge did not make findings of fact unsupported by the evidence. He merely drew inferences from the evidence as he was entitled to do.

[*Côté v. The King* (1941), 77 C.C.C. 75, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division, setting aside an acquittal by MacDonald J., sitting without a jury, on a charge of murder. Appeal dismissed, Laskin C.J., Spence and Dickson JJ. dissenting.

A. M. Harradence, Q.C., for the appellant.

D. C. Abbott and J. Franklin, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. was delivered by

SPENCE J. (*dissenting*)—This is an appeal from the judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta pronounced on November 12, 1975.

The appellant had been charged by indictment as follows:

Albert Stewart, you stand charged that you on or about the 13th day of August, A.D. 1973, at the City of Edmonton, in the said Judicial District did kill and slay Marion Hilda Parker, thereby committing murder punishable by life imprisonment, contrary to the provisions of the Criminal Code.

At the commencement of the trial, H. J. MacDonald J., stated:

Mr. Stewart has elected to be tried with a judge alone.

That statement was confirmed immediately thereafter by the counsel for the accused and by the accused himself. Such a course is possible under

Le troisième motif invoqué dans la décision de la Division d'appel doit être rejeté. Vu les circonstances, l'utilisation par le juge du procès, dans ses motifs de jugement, des expressions «au-delà du moindre doute», «d'une manière concluante» et «sans l'ombre d'un doute», en réponse à la plaidoirie du ministère public, n'indiquent pas qu'il imposait au ministère public une norme plus rigoureuse que celle exigée par le droit criminel. Le juge du procès n'a pas tiré de conclusions de fait qui n'étaient pas fondées sur la preuve. Il a simplement tiré des déductions de la preuve, comme il était en droit de le faire.

[Arrêt mentionné: *Côté c. Le Roi* (1941), 77 C.C.C. 75.]

POURVOI interjeté contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, annulant un acquittement sur une accusation de meurtre, prononcé par le juge MacDonald, siégeant sans jury. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson étant dissidents.

A. M. Harradence, c.r., pour l'appellant.

D. C. Abbott et J. Franklin, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence et Dickson a été prononcé par

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—Ce pourvoi attaque l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, rendu le 12 novembre 1975.

L'acte d'accusation visant l'appellant est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] Albert Stewart, vous êtes accusé d'avoir, le 13 août 1973 ou vers cette date, à Edmonton, dans ledit ressort judiciaire, contrairement aux dispositions du Code criminel, assassiné Marion Hilda Parker, commettant de ce fait un meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité.

Au commencement du procès, le juge H. J. MacDonald a déclaré:

[TRADUCTION] M. Stewart a choisi d'être jugé par un juge seul.

Cette déclaration a été confirmée, immédiatement après, par l'avocat de l'accusé et par ce dernier.

the provisions of s. 430 of the *Criminal Code* which reads:

430. Notwithstanding anything in this Act, an accused who is charged with an indictable offence in the Province of Alberta may, with his consent, be tried by a judge of the superior court of criminal jurisdiction of Alberta without a jury.

The trial proceeded at once and on November 9, 1974, H. J. MacDonald J. found the accused, the present appellant, not guilty for reasons which he dictated. The Appellate Division, by its judgment aforesaid, allowed an appeal by the Crown and directed a new trial. Sinclair J.A. gave the reasons for the Court and based his judgment upon three factors. Firstly, the learned justice on appeal found that the trial judge had failed to exercise properly his discretion under the provisions of s. 9(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10.

The Crown had called as a witness one Gordon Andersen and had examined this witness in chief for some time when counsel for the Crown made the following statement:

Now, My Lord, at this stage I am making application under Section 9(2) of the *Canada Evidence Act*. I advise Your Lordship that the witness has made a statement, previous statement, which I submit is inconsistent with what he is now telling the Court, and in that regard, sir, I have the case of *Regina vs. Milgaard, M-i-l-g-a-a-r-d*, which is a decision of the Saskatchewan Court of Appeal, the judgment of the Court delivered by the Chief Justice Culliton, and it is found in 1971 2 Canadian Criminal Cases, at 206. I refer you to this decision, My Lord, because it contains a suggested procedure which I would urge Your Lordship to adopt here.

The learned trial judge expressed the view that prior to permitting the cross-examination of a witness on the basis that he had previously made an inconsistent statement, the counsel for the Crown should refresh the memory of the witness as to the making of such statement and permit the witness to read that statement, being of the opinion that had such a procedure been followed the witness might well have acknowledged that he had made the previous statement and that that statement was true. The learned trial judge said:

Une telle procédure est possible en vertu des dispositions de l'art. 430 du *Code criminel*:

430. Nonobstant toute disposition de la présente loi, un prévenu inculpé d'un acte criminel dans la province d'Alberta peut être jugé, de son propre consentement, par un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle d'Alberta, sans jury.

Le procès a commencé sur-le-champ et, le 9 novembre 1974, le juge H. J. MacDonald a conclu à la non-culpabilité de l'accusé, l'appelant en l'espèce, pour les motifs qu'il a dictés. La Division d'appel a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et ordonné un nouveau procès. Le juge Sinclair a prononcé les motifs de la Cour et a fondé son jugement sur trois facteurs. Premièrement, le savant juge d'appel a conclu que le juge du procès n'avait pas exercé convenablement le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10.

Le ministère public a cité comme témoin un nommé Gordon Andersen et a procédé à l'interrogatoire principal de ce témoin jusqu'à ce que le substitut fasse la déclaration suivante:

[TRADUCTION] Maintenant, monsieur le juge, à ce stade, je me prévaux du par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. J'informe votre Seigneurie que le témoin a fait une déclaration, une déclaration antérieure, que je prétends être incompatible avec celle qu'il fait maintenant; à cet égard, M. le juge, je me réfère à l'affaire *Regina v. Milgaard, M-i-l-g-a-a-r-d*, une décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan prononcée par le juge en chef Culliton, que l'on trouve à la p. 206 de 1971 2 Canadian Criminal Cases. Je renvoie votre Seigneurie à cette décision, parce qu'elle suggère une procédure que je vous prie instamment d'adopter en l'espèce.

Le savant juge du procès a décidé qu'avant de permettre le contre-interrogatoire d'un témoin parce qu'il avait précédemment fait une déclaration incompatible, le ministère public devait lui rafraîchir la mémoire et lui permettre de lire la déclaration; il était d'avis que si une telle procédure avait été suivie, le témoin aurait bien pu reconnaître qu'il avait fait la déclaration antérieure et que celle-ci était exacte. Le savant juge a dit:

I feel that any witness, knowing the frailties of the human mind, that the witness, without being cross-examined, should be examined carefully in direct examination and the questions put to him, if necessary, in a variety of ways, and that should be exhausted before we get into trying to get the evidence in some other manner. I am not going to accept the proposition of the Crown that they can call a witness and then almost immediately start cross-examining him under Section 9(2). Surely the section is there as a remedy or as a means of obtaining evidence that cannot be obtained in some other way, but we must exhaust the other ways of doing it first, and then I am prepared, if the Crown wants to move that the man be declared hostile or they want to take advantage of Section 9(2), to give it every consideration.

and later gave the specific direction:

and, I think, in fairness, I would direct that we carry on as I have suggested.

Counsel for the Crown, upon Andersen returning to the witness stand, simply proceeded with his examination-in-chief and did not present the witness with any previous inconsistent statement.

Sinclair J.A., in his reasons for judgment for the Appellate Division, said:

In our opinion, it is clear from the record that in dealing with the evidence of the witness Gordon Andersen, the learned trial judge misconstrued s. 9(2), and failed to appreciate the purpose for which the subsection was added to the Canada Evidence Act in 1968-69. He failed to draw a distinction between the objectives of subsection (1), on the one hand, and subsection (2), on the other. Consequently he failed to exercise the discretion given to him by s. 9(2) in a judicial manner. This is particularly significant in view of the learned trial judge's remarks concerning the evidence of Andersen made during the course of his judgment.

With respect, I differ with the learned justice on appeal. It was agreed that under the provisions of s. 9(2) of the *Canada Evidence Act* the learned trial judge had a discretion as to whether he would permit counsel to cross-examine his own witness. The learned trial judge, preparatory to exercising his discretion, considered that the witness should have his memory refreshed and have an opportunity to read his alleged inconsistent statement. Counsel for the Crown resisted that reasonable request and, therefore, the learned trial judge exer-

[TRADUCTION] Connaissant la fragilité du cerveau humain, je considère que tout témoin, sans être contre-interrogé, devrait être interrogé soigneusement par interrogatoire direct et que les questions qu'on lui pose devraient l'être, si nécessaire, de différentes façons et être complètement réglées avant qu'on essaie d'obtenir la preuve de quelque autre manière. Je n'accepte pas la théorie du ministère public selon laquelle il peut appeler un témoin et, presque immédiatement, commencer à le contre-interroger en vertu du par. 9(2). Cet article constitue certainement un recours ou un moyen d'obtenir une preuve qu'on ne peut obtenir autrement, mais nous devons épuiser les autres moyens d'abord et alors seulement je serai prêt, si le ministère public demande que le témoin soit déclaré hostile ou qu'il veuille recourir au par. 9(2), à considérer sa demande.

et plus loin, il a donné la directive précise suivante:

[TRADUCTION] et, je crois, qu'en toute équité, nous devons procéder comme je l'ai suggéré.

Lorsque Andersen est retourné à la barre des témoins, le ministère public a simplement procédé à son interrogatoire principal et ne l'a pas confronté à des déclarations incompatibles antérieures.

Le juge Sinclair, dans ses motifs de jugement pour la Division d'appel, a dit:

[TRADUCTION] A notre avis, il résulte clairement du dossier qu'en traitant de la déposition du témoin Gordon Andersen, le savant juge a mal interprété le par. 9(2) et n'a pas compris le but dans lequel ce paragraphe a été ajouté à la Loi sur la preuve au Canada en 1968-69. Il n'a pas fait de distinction entre les objectifs du par. (1) d'une part et du par. (2) de l'autre. En conséquence, il n'a pas exercé d'une manière judiciaire le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 9(2). Ceci est particulièrement important compte tenu des observations du savant juge du procès relativement à la déposition d'Andersen dans son jugement.

Avec égards, je ne suis pas d'accord avec le savant juge d'appel. Il est entendu qu'en vertu des dispositions du par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le savant juge du procès pouvait, à son gré, permettre à l'avocat de contre-interroger son propre témoin. Le savant juge du procès, avant d'exercer ce pouvoir discrétionnaire, a estimé qu'il fallait rafraîchir la mémoire du témoin et lui donner l'occasion de lire sa prétendue déclaration incompatible. Le ministère public s'est opposé à cette demande raisonnable et, en conséquence, le

cised his discretion to refuse to permit the Crown counsel to cross-examine his own witness. I am quite unable to see how that course could be considered to be the failure to exercise his discretion in a judicial manner. I might add that although the complete allegedly inconsistent statement does not appear in the record, the references to it in the discussion between the learned trial judge and counsel for the Crown and for the accused would seem to indicate that it is highly doubtful that the learned trial judge should have found it to be an inconsistent statement. It was a statement which was not as complete as the evidence which the witness gave at his trial but there is nothing, so far as one could see from reading the relevant evidence, that contradicts the evidence given at trial.

The second ground upon which Sinclair J.A. based his reasons for judgment was the references to motive in the reasons for judgment of the learned trial judge. Sinclair J.A. quoted that part of the learned trial judge's judgment as follows:

"Speaking of motive first. Were there a jury I would say something along these lines in dealing with motive: The proof of motive for an alleged crime is permissible and it is often valuable but never essential. The evidence of motive is sometimes of assistance in removing doubt and completing proof. Motive is a circumstance, but nothing more than a circumstance, to be considered. The absence of motive is usually a circumstance to be considered but on the side of innocence and to be given such weight as is deemed proper. After consideration of all the evidence if it is believed that it has been proven beyond a reasonable doubt that the accused committed the crime of which he is accused or if there is a reasonable doubt that he committed the crime the matter of motive or absence of a motive becomes unimportant."

And commented:

With respect, it is difficult to understand what the trial judge meant to say by the last two sentences of the remarks just quoted, but, in our view, they do not represent the law on this subject, particularly in a case where there is evidence of threats against the deceased having been made.

Again, with respect, I am unable to find fault with the learned trial judge's reasons. It is true that in those reasons there is a certain degree of

savant juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant de permettre au ministère public de contre-interroger son propre témoin. Je ne vois pas comment on peut considérer qu'en agissant de cette façon le juge n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière judiciaire. D'ailleurs, bien que la déclaration prétendument incompatible ne figure pas au complet dans le dossier, il ressort des références faites à son sujet dans la discussion entre le savant juge du procès et les avocats du ministère public et de l'accusé, qu'il est très douteux que le savant juge du procès l'aurait jugée incompatible. Cette déclaration n'était pas aussi complète que le témoignage de l'inculpé à son procès, mais rien, à la lecture de la preuve pertinente, ne vient contredire la preuve fournie au procès.

Le juge Sinclair a fondé ses motifs de jugement sur un second point: les références au mobile dans les motifs de jugement du savant juge du procès. Le juge Sinclair a cité cette partie du jugement de première instance:

[TRADUCTION] Parlons en premier lieu de mobile. S'il y avait un jury, je dirais quelque chose de ce genre à ce sujet: la preuve du mobile d'un crime allégué est admissible, elle est souvent précieuse, mais jamais essentielle. La preuve d'un mobile est parfois utile pour écarter le doute et compléter la preuve. Le mobile est une circonstance dont on doit tenir compte, mais rien de plus. On prend habituellement en considération l'absence de mobile, mais en faveur de l'innocence, et il faut lui accorder le poids que l'on estime approprié. Après examen de toute la preuve, si l'on croit qu'il a été prouvé au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le crime qu'on lui reproche ou s'il y a un doute raisonnable qu'il ait commis le crime, la question du mobile ou de l'absence de mobile devient sans importance.

Il a commenté:

[TRADUCTION] Avec respect, il est difficile de comprendre ce que le juge du procès voulait dire par les deux dernières phrases, mais à notre avis, il n'expose pas l'état du droit en la matière, particulièrement dans un cas où l'on a prouvé que des menaces contre la victime avaient été faites.

Avec égards, je ne trouve pas là non plus d'erreur dans les motifs du savant juge du procès. Il est vrai que ces motifs sont un peu vagues, ce qui

looseness which might result in a lack of clarity but it must be remembered that the learned trial judge was not charging a jury but was, rather informally, at the close of the trial, giving his reasons for the acquittal of the accused. The last two sentences to which Sinclair J.A. referred were, firstly:

The absence of motive is usually a circumstance to be considered but on the side of innocence and to be given such weight as is deemed proper.

Surely, it is true, as the learned trial judge pointed out earlier, evidence of motive is always admissible and therefore the absence of evidence of motive is a circumstance to be considered. Since the absence of any evidence of motive would seem to make it less probable that the accused did commit the act, such absence of evidence is usually considered on the side of innocence. I find nothing in error in that sentence.

Secondly, that is the second sentence, was:

After consideration of all the evidence if it is believed that it has been proven beyond a reasonable doubt that the accused committed the crime of which he is accused or if there is a reasonable doubt that he committed the crime the matter of motive or absence of a motive becomes unimportant.

With respect, what the learned trial judge was saying was that if it was found beyond a reasonable doubt that the accused did the act with the necessary *mens rea* then his motive for so doing was irrelevant, and if, on the other hand, there was a reasonable doubt that the accused did do the act with the necessary *mens rea* then even the presence of a motive did not permit his conviction. That is a very trite statement of ordinary law.

Counsel for the Crown attempted to persuade this Court that what the learned trial judge was saying was that if he considered all of the circumstances apart from the evidence of motive and had a reasonable doubt then the evidence of motive was irrelevant. Since the learned trial judge used

peut entraîner un manque de clarté, mais il faut se rappeler que le savant juge du procès ne s'adressait pas à un jury mais était, à la clôture du procès, en train d'exposer, sans formalités particulières, ses motifs en faveur de l'acquittement de l'accusé. Les deux dernières phrases auxquelles le juge Sinclair fait allusion sont, premièrement:

[TRADUCTION] On prend habituellement en considération l'absence de mobile, mais en faveur de l'innocence, et il faut lui accorder le poids que l'on estime approprié.

Bien sûr, il est exact, comme le savant juge du procès l'avait déjà souligné, que la preuve du mobile est toujours admissible et que, par conséquent, l'absence de mobile est une circonstance dont on doit tenir compte. Puisqu'en l'absence de preuve de mobile, il semble moins probable que l'accusé ait commis l'acte, une telle absence de preuve est habituellement interprétée en faveur de l'innocence. Je ne trouve rien de faux dans cette phrase.

Deuxièmement, (c'est-à-dire la deuxième phrase):

[TRADUCTION] Après examen de toute la preuve, si l'on croit qu'il a été prouvé au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le crime qu'on lui reproche ou s'il y a un doute raisonnable qu'il ait commis le crime, la question du mobile ou de l'absence de mobile devient sans importance.

Avec égards, tout ce que le savant juge du procès dit c'est que si l'on conclut au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'acte avec l'intention délictueuse nécessaire, le mobile pour ce faire n'est plus pertinent et que si, par contre, on peut raisonnablement douter que l'accusé ait commis l'acte avec l'intention délictueuse nécessaire, même l'existence d'un mobile ne permet pas de le déclarer coupable. Ceci est un principe de droit bien connu.

Le ministère public a essayé de persuader cette Cour que le savant juge du procès disait que s'il prenait en considération toutes les circonstances, à l'exclusion du mobile, et s'il avait un doute raisonnable, la preuve relative au mobile était alors sans pertinence. Étant donné que le savant juge du

the words “After consideration of all of the evidence” (the underlining is my own), and since a very large part of the evidence at trial was concerned solely with the question of motive, one could not possibly attribute the meaning which Crown counsel advanced to the sentence uttered by the learned trial judge. For these reasons, I find the judgment of the Appellate Division in error as to this second ground.

The third ground upon which Sinclair J.A. based his reasons for judgment was his view that the learned trial judge had, on several occasions, assigned a burden of proof to the Crown which was “far more stringent” than the burden put upon the Crown in law.

The learned trial judge used, in his charge, certain words. Firstly, referring to the Crown’s evidence adduced as to statements made to police officers, he said:

and if these statements were to be relied on, then the statement or statements must convince the Court, *beyond any peradventure of doubt*, that the accused is guilty of the charge. It isn’t a matter of whether the accused was telling the truth or not telling the truth, simply that there is no burden placed on the accused to prove his innocence, that the entire burden is on the Crown to present evidence that *conclusively* shows that the accused is guilty of the offence.

(The italics are my own.)

In the concluding half of the next paragraph of his reasons, the learned trial judge said:

We are asked to put it together with the statement that he made to Detective Hecht on the way back in the plane, that “the main evidence is gone”. The Court is asked to conclude or to infer that he must have been talking about the rifle that killed Mrs. Parker. There is no evidence to show what he was talking about, there is nothing in front of me that I feel that forces me to conclude, *beyond any shadow of a doubt*, that it was the rifle he was speaking of when he mentions this. I feel that to convict the accused were you to rely almost entirely on that would be to infer more than what the statement itself suggests should be inferred.

(The italics are my own.)

The italicized expressions are those to which the Appellate Division took objection and which the

procès a utilisé l’expression [TRADUCTION] «Après avoir considéré toute la preuve» (c’est moi qui souligne), et vu qu’une très grande partie de la preuve au procès visait seulement la question du mobile, on ne peut vraiment pas attribuer à l’expression employée par le savant juge du procès le sens proposé par le ministère public. Pour ces motifs, je conclus que le jugement de la Division d’appel est erroné sur le second point.

Le troisième point sur lequel le juge Sinclair a fondé ses motifs de jugement était que le savant juge du procès avait, à diverses reprises, imposé au ministère public une charge de la preuve [TRADUCTION] «bien plus rigoureuse» que celle qui incombe à cette dernière en droit.

Le savant juge du procès a utilisé, dans son exposé, certaines expressions. Premièrement, se référant à la preuve soumise par le ministère public quant aux déclarations faites aux agents de police, il a dit:

[TRADUCTION] et s’il faut se fier à ces déclarations, ces dernières doivent convaincre la Cour, *au-delà du moindre doute*, que l’accusé est coupable. Il ne s’agit pas de déterminer si l’accusé disait la vérité ou non, mais simplement du fait que l’accusé n’a pas la charge de la preuve de son innocence et que c’est au ministère public qu’il incombe de prouver, d’une manière *concluante*, que l’accusé est coupable de l’infraction.

(Les italiques sont de moi.)

Dans la dernière moitié du paragraphe suivant de ses motifs, le savant juge du procès a dit:

[TRADUCTION] On nous demande de la rattacher à la déclaration qu’il a faite au détective Hecht en retournant en avion, selon laquelle «la principale preuve n’existe plus». On demande à la Cour de conclure ou de déduire qu’il devait parler de la carabine qui avait tué M^{me} Parker. Rien n’indique ce dont il parlait; rien au dossier ne m’oblige, à mon avis, à conclure, *sans l’ombre d’un doute*, qu’il parlait alors de la carabine. Je crois que déclarer l’accusé coupable en se fiant presque entièrement à cela serait déduire plus que ce que la déclaration elle-même suggère qu’on devrait déduire.

(Les italiques sont de moi.)

Les expressions en italiques sont celles auxquelles la Division d’appel objectait et qu’elle considé-

Appellate Division considered to be the application of a much more stringent burden of proof than required by the criminal law. A reading of this section of the reasons for judgment demonstrates that there the learned trial judge was dealing with the probative value of evidence that the accused had made certain statements to police officers. Counsel for the Crown had stressed the weight of those statements in his submission and had gone so far as to say:

Then, sir, you have the incident of the plane, and this was some hours after the interview by Detective Hecht, and he was sitting there and nothing was being said and the accused has had these several hours to consider his statements to Detective Hecht and the subject must have been on his mind. Out of the blue, to use my learned friend's suggestion, to Detective Hecht, the term he used, he says "Just between you and me, the main evidence is gone". Surely the only inference there to draw, My Lord, is that he is referring to the firearm. No weapon was found.

In short, the Crown was putting to the learned trial judge the submission that the only possible inference which could be drawn from that evidence was that the accused was referring to the actual weapon used to cause the victim's death. It was quite evidently the view of the learned trial judge that there was no such irresistible inference to be drawn from the evidence and remembering again that he was giving reasons for judgment and not charging a jury, his use of the stronger terms of "beyond any peradventure of doubt", "conclusively" and "beyond any shadow of a doubt" were mere reflections of the positive nature of the Crown's submission which could be characterized as a submission that the matter had been proved in any of those three strong fashions. In the very next paragraph, the learned trial judge describing the onus said:

The decision of the Court must be made, of course, on the evidence that has been presented. That evidence itself, no matter how suspicious it is, must, when one considers everything that has been said and what weight can be given to it it must convince the mind and satisfy the conscience to the extent that no other rational conclusion could be reached. I feel that in this case that there is room for a reasonable doubt. There are, of course, a number of things that have not been explained,

rait être l'application d'une charge de la preuve beaucoup plus rigoureuse que celle exigée par le droit criminel. La lecture de cette partie des motifs du jugement démontre que le savant juge du procès traitait de la valeur probante de la preuve selon laquelle l'accusé avait fait certaines déclarations à des agents de police. Le substitut a insisté sur le poids de ces déclarations dans sa plaidoirie et est allé jusqu'à dire:

[TRADUCTION] Ensuite, monsieur le juge, vous avez l'incident de l'avion, quelques heures après l'interrogatoire par le détective Hecht; il était assis là, sans parler, et l'accusé avait eu plusieurs heures pour penser à ses déclarations au détective Hecht et il devait y avoir réfléchi. Soudainement, il a dit au détective Hecht «entre nous, la preuve principale a disparu». Monsieur le juge, il faut sûrement en déduire qu'il parlait de l'arme à feu. Aucune arme ne fut trouvée.

En résumé, le ministère public a allégué devant le savant juge du procès que la seule déduction possible à tirer de cette preuve était que l'accusé faisait allusion à l'arme effectivement utilisée pour tuer la victime. Le savant juge du procès était manifestement d'avis que cette déduction concluante ne découlait pas obligatoirement de la preuve et, se rappelant à nouveau qu'il rendait des motifs de jugement et ne faisait pas un exposé au jury, son utilisation d'expressions fortes: «au-delà du moindre doute», «d'une manière concluante» et «sans l'ombre d'un doute», était le simple reflet du caractère très catégorique de la plaidoirie du ministère public, selon laquelle, pourrait-on dire, la question avait été prouvée d'une façon méritant un de ces trois qualificatifs. Dans l'alinéa suivant, le savant juge du procès, décrivant la charge de la preuve, a dit:

[TRADUCTION] Évidemment, la décision de la Cour doit être fondée sur la preuve qui a été présentée. Cette preuve elle-même, aussi suspecte soit-elle, doit, quand on considère tout ce qui a été dit et quelle valeur on peut lui donner, convaincre l'esprit et satisfaire la conscience de façon à ce qu'aucune autre conclusion logique ne soit envisageable. Je crois qu'en l'espèce il subsiste un doute raisonnable. Il y a, évidemment, de nombreuses choses qui n'ont pas été expliquées, mais cela ne permet pas de

the fact they have not been explained does not entitle one to place any burden on the accused.

And two paragraphs later when concluding his reasons, the learned trial judge again referred to the recognized standard of "beyond a reasonable doubt".

Under the circumstances to which I have referred, I can find no reason for a new trial in the learned trial judge's use of the three above-mentioned sets of words in his reasons for judgment.

A fourth ground was mentioned by Sinclair J.A. in his reasons for judgment but the learned justice on appeal found it unnecessary to deal with it in view of his finding as to the other three reasons and that ground was that the learned trial judge erred in his application of the rule in *Hodge's* case.

In this Court, counsel for the respondent Crown seemed to put this ground more on the basis that the learned trial judge, in finding that he had a reasonable doubt of the guilt of the accused, based his conclusion on facts which were not substantiated by the evidence. Counsel for the Crown outlined five different statements made by the learned trial judge in his reasons all of which he alleged were not made on a basis of any evidence. Without going through them in detail, I am strongly of the view that in each one of the cases the learned trial judge was drawing an inference which a finder of fact could draw from the evidence. For example, a consideration of the injuries to the victim might lead a trier of fact to conclude that those injuries had occurred in a struggle. It might well be that the counsel for the Crown or members of the Appellate Division, or even members of this Court, would not find that such an inference was a proper one from the evidence, but we are not triers of fact. That was a task put upon the learned trial judge under the unusual provisions of s. 430 of the *Criminal Code* and I do not think that any appellate court is free to vary the findings of fact made by the learned trial judge or inferences which the learned trial judge drew from the evidence unless one can say that there was no evidence upon which the learned trial judge could make such a finding. Counsel for the Crown was unable to put any of

mettre le fardeau de la preuve à la charge de l'accusé.

Et deux alinéas plus loin, en terminant ses motifs, le savant juge du procès s'est de nouveau référé à la norme reconnue, traduite par l'expression «au-delà de tout doute raisonnable».

Vu les circonstances dont je viens de parler, je ne vois aucune raison d'ordonner un nouveau procès parce que le savant juge de première instance a utilisé les trois expressions susmentionnées dans ses motifs de jugement.

Un quatrième point a été mentionné par le juge Sinclair dans ses motifs de jugement, mais il a considéré inutile de l'examiner, vu sa conclusion concernant les trois autres; ce point était que le savant juge du procès avait erré dans son application de la règle de l'arrêt *Hodge*.

Devant cette Cour, le ministère public intimé semble avancer ce moyen, en insistant sur le fait que le savant juge du procès, en concluant qu'il avait un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, s'était fondé sur des faits qui n'étaient pas établis par la preuve. Le ministère public a indiqué cinq déclarations différentes faites par le savant juge du procès dans ses motifs dont aucune, soutient-il, n'était fondée sur une preuve quelconque. Sans les examiner en détail, je suis convaincu que, dans chaque cas, le savant juge du procès tirait une déduction que le juge des faits est en droit de tirer de la preuve. Par exemple, l'examen des blessures de la victime peut conduire un juge des faits à conclure qu'elles résultent d'une lutte. Il se peut que le ministère public ou des membres de la Division d'appel ou même des membres de cette Cour ne concluraient pas qu'une telle déduction était celle qu'il convenait de tirer de la preuve, mais nous ne sommes pas juges des faits. Cette obligation incombe au savant juge du procès, en vertu des dispositions exceptionnelles de l'art. 430 du *Code criminel* et je ne crois pas qu'une cour d'appel soit libre de changer les conclusions de fait tirées par le savant juge du procès ou ce qu'il a déduit de la preuve, à moins qu'on puisse dire qu'il n'existait pas de preuve sur laquelle le savant juge du procès pouvait fonder ces conclusions. Le ministère public n'a pas pu placer dans cette catégorie

the incidents to which he referred in that class. I am, therefore, not ready to concur in this additional ground of appeal which was urged in the Appellate Division but not dealt with.

For these reasons, I would allow the appeal, quash the judgment of the Appellate Division, and restore the judgment of the learned trial judge directing the acquittal of the accused.

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

PIGEON J.—This appeal is from a judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta setting aside an acquittal pronounced by a judge sitting without a jury, with the consent of the accused, on a charge of murder.

The judgment in appeal rests on three grounds. The first is that the trial judge misconstrued s. 9(2) of the *Canada Evidence Act* and failed to exercise in a judicial manner the discretion given to him by that provision. In what respect the trial judge was thus in error is not stated. At the hearing, counsel for the Crown complained of the direction given as to how the witness should be examined before leave would be given to cross-examine him as to an inconsistent statement previously made. I fail to see any misuse of the trial judge's discretion in the direction which he gave. It was for him to decide whether the cross-examination on the statement would be permitted. I cannot see why this would not include the power to require examination along certain lines before the discretion would be exercised in favour of allowing the cross-examination. In my view, no case was made for considering such direction as an abuse of the power implicit in the discretion to grant or to refuse leave to cross-examine.

The two other grounds are much more serious and I find it desirable to deal with them together. They can be summarized by saying that the trial judge misdirected himself as to the standard of proof required. While in the end, he properly spoke of proof "beyond any reasonable doubt", twice before, in dealing with particular elements of the evidence, he referred to a much higher standard.

l'un quelconque des incidents auxquels il s'est référé. Je ne suis donc pas prêt à souscrire à ce moyen d'appel additionnel qui a été avancé devant la Division d'appel, mais qui n'a pas été tranché.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, infirmerais l'arrêt de la Division d'appel et rétablirais le jugement du savant juge du procès ordonnant l'acquittement de l'accusé.

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

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta annulant un acquittement sur une accusation de meurtre, prononcé par un juge siégeant sans jury avec le consentement de l'accusé.

Cet arrêt repose sur trois motifs. Le premier est que le juge du procès a mal interprété le par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et n'a pas exercé d'une manière judiciaire la discrétion que lui accorde cette disposition. On ne dit pas en quoi le juge du procès a ainsi erré. A l'audience, le ministère public s'est plaint de la directive donnée sur la façon dont le témoin devait être interrogé avant que la permission ne soit accordée de le contre-interroger au sujet d'une déclaration incompatible précédemment faite. Je ne vois pas en quoi le juge du procès aurait abusé de son pouvoir discrétionnaire dans la directive qu'il a donnée. Il lui appartenait de décider s'il y avait lieu d'autoriser le contre-interrogatoire au sujet de la déclaration. Je ne vois pas pourquoi cela n'inclurait pas le pouvoir d'exiger qu'auparavant, l'interrogatoire soit fait d'une certaine façon. A mon avis, on n'a pas démontré qu'une telle directive constituait un abus du pouvoir discrétionnaire qu'implique celui d'accorder ou de refuser le droit de contre-interroger.

Les deux autres motifs sont beaucoup plus graves et je préfère les examiner simultanément. Ils reviennent à dire que le juge du procès a mal apprécié la norme de preuve exigée. Alors qu'à la fin il a bien parlé de preuve «au-delà de tout doute raisonnable» deux fois avant, à propos d'éléments particuliers de la preuve, il s'est référé à une norme beaucoup plus rigoureuse. Traitant de

Dealing with statements made by the accused to police officers, he said:

... if these statements were to be relied on, then the statement or statements must convince the Court, *beyond any peradventure of doubt*, that the accused is guilty of the charge. (Italics added.)

Again, dealing with a statement to a police officer that "the main evidence is gone", he said:

There is no evidence to show what he was talking about, there is nothing in front of me that I feel that forces me to conclude, *beyond any shadow of a doubt*, that it was the rifle he was speaking of when he mentions this. (Italics added.)

In my view, the trial judge fell into a double error, not only did he apply repeatedly a much stricter standard than that which is required, but he applied it to particular elements of the evidence taken in isolation. In other words, instead of taking together all the evidence and properly relating every fact to all the others, he dealt separately with each discarding them successively as insufficient to meet his exaggerated standard of proof. This is the error in which he fell in the somewhat equivocal reasoning whereby, at the outset, he practically swept aside the evidence of motive, saying:

The proof of motive for an alleged crime is permissible and it is often valuable but never essential. The evidence of motive is sometimes of assistance in removing doubt and completing proof. Motive is a circumstance, but nothing more than a circumstance, to be considered. The absence of motive is usually a circumstance to be considered but on the side of innocence and to be given such weight as is deemed proper. After consideration of all the evidence if it is believed that it has been proven beyond a reasonable doubt that the accused committed the crime of which he is accused or if there is a reasonable doubt that he committed the crime the matter of motive or absence of a motive becomes unimportant.

After this, the trial judge went on to mention not mere evidence of motive but evidence of plan and design. He said:

In this case, to begin with, we have the evidence of several witnesses, Mr. Serby, Gay Parker and her sister Edith Parker and Gordon Andersen who mentioned that

déclarations faites par l'accusé à des agents de police, il a dit:

[TRADUCTION] ... s'il faut se fier à ces déclarations, ces dernières doivent convaincre la Cour, *au-delà du moindre doute*, que l'accusé est coupable. (Les italiques sont de moi.)

De nouveau, traitant d'une déclaration à un agent de police selon laquelle [TRADUCTION] «la preuve principale a disparu», il a dit:

[TRADUCTION] Rien n'indique ce dont il parlait; rien au dossier ne m'oblige, à mon avis, à conclure, *sans l'ombre d'un doute*, qu'il parlait alors de la carabine. (Les italiques sont de moi.)

A mon avis, le juge du procès a fait une double erreur: non seulement a-t-il, à maintes reprises, appliqué une norme plus rigoureuse que celle exigée, mais il l'a appliquée à des éléments particuliers de la preuve pris isolément. En d'autres termes, au lieu de prendre toute la preuve dans son ensemble et de relier chaque fait à tous les autres, il a traité séparément chacun d'eux, les écartant successivement comme insuffisants pour répondre à sa conception trop sévère des normes de la preuve. Voilà l'erreur qu'il a commise dans le raisonnement quelque peu équivoque par lequel, dès le début, il a pratiquement écarté la preuve du mobile, disant:

[TRADUCTION] La preuve du mobile d'un crime allégué est admissible, elle est souvent précieuse, mais jamais essentielle. La preuve d'un mobile est parfois utile pour écarter le doute et compléter la preuve. Le mobile est une circonstance dont on doit tenir compte, mais rien de plus. On prend habituellement en considération l'absence de mobile, mais en faveur de l'innocence, et il faut lui accorder le poids que l'on estime approprié. Après examen de toute la preuve, si l'on croit qu'il a été prouvé au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le crime qu'on lui reproche ou s'il y a un doute raisonnable qu'il ait commis le crime, la question du mobile ou de l'absence de mobile devient sans importance.

Après cela, le juge du procès parle non pas d'une simple preuve du mobile, mais de la preuve de la préméditation. Il dit:

[TRADUCTION] Dans cette affaire nous avons, pour commencer, le témoignage de plusieurs témoins: M. Serby, Gay Parker et sa sœur Edith Parker, et Gordon

the accused made statements indicating or stating that he was going to kill the victim and it is suggested by the Crown that this proves a plan, a design, an obsession and yet no one of these witnesses when they heard these statements made and when they heard them repeated apparently considered that there was any danger involved. No complaint was made to the police and nothing was done to protect the victim from what they allege. The Court was asked to conclude there was a serious plan or design.

I think the evidence of Gordon Andersen was reliable evidence and I place some weight on it. He indicated that the mention of killing he took as a rather flippant statement, he felt the man was joking.

Like the Court of Appeal, I wish to avoid going into any detailed discussion of the evidence, but I must point out that there was evidence that the accused had worked on making a silencer and gone to a quarry for testing one which had exploded, that the victim had been shot in her apartment and nothing but clicks heard by neighbors. There was also evidence that shortly before the murder was committed, the accused had bought traveller cheques with his savings, that afterwards, he had gone east as far as Winnipeg as he had said he would when talking of his intention to kill the woman he had recently deserted, that when he was arrested, rubber gloves were found in the trunk of his car that he had tried to conceal, etc.

In a charge to a jury, the failure of the trial judge to mention a large part of the incriminating evidence, to relate it properly to the rest and to instruct the jurors that the whole must be considered together in deciding whether there is proof beyond reasonable doubt, would certainly constitute misdirection requiring a new trial. I can see no reason to hold otherwise in the case of a judge sitting without a jury. It may sometimes be presumed to a certain extent, that he is not misdirecting himself, even when not spelling out every direction which he should give to a jury but, in this case, the judgment taken as the whole shows serious misdirection and not mere slips. The Court of Appeal properly singled out as specially serious the manner in which incriminating statements made to police officers were swept aside because each of them taken separately did not prove anything

Andersen qui ont dit que l'accusé avait affirmé ou laissé croire qu'il allait tuer la victime et le ministère public suggère que ceci prouve un plan, un dessein, une obsession; malgré cela, aucun de ces témoins en entendant ces déclarations répétées n'a considéré qu'il y eut un danger. Aucune plainte n'a été adressée à la police et rien n'a été fait pour protéger la victime de ce prétendu projet. On demande à la Cour de conclure qu'il y avait un plan ou un dessein sérieux.

Je crois que la déposition de Gordon Andersen est digne de foi et je lui accorde quelque poids. Il indique qu'il avait pris la menace de tuer comme une déclaration irréfléchie et pensait que c'était une plaisanterie.

Comme la Cour d'appel, je veux éviter d'entrer dans une discussion détaillée de la preuve, mais je dois relever d'abord que l'on a démontré que l'accusé avait fabriqué un silencieux et s'était rendu dans une carrière pour en essayer un qui a explosé, et ensuite que l'on avait tiré sur la victime dans son appartement et que les voisins n'avaient entendu que des déclics. De même on a prouvé que, peu de temps avant le meurtre, l'accusé avait acheté des chèques de voyage avec ses économies, qu'il était ensuite allé vers l'est, jusqu'à Winnipeg, comme il avait dit qu'il le ferait, quand il parlait de son intention de tuer la femme qu'il avait récemment quittée; en outre, lors de son arrestation, on a trouvé dans le coffre de sa voiture des gants de caoutchouc qu'il avait essayé de cacher, etc.

Si dans un exposé au jury, le juge du procès omet une grande partie de la preuve incriminante, ne la rattache pas convenablement au reste et n'indique pas aux jurés que le tout doit être considéré dans son ensemble pour décider s'il y a une preuve au-delà de tout doute raisonnable, cela constitue certainement une directive inexacte exigeant un nouveau procès. Je ne vois aucune raison de statuer différemment dans le cas d'un juge siégeant sans jury. On peut parfois présumer, jusqu'à un certain point, qu'il ne fait pas erreur, même quand il ne formule pas toutes les directives qu'il devrait donner à un jury, mais, en l'espèce, le jugement pris dans son ensemble révèle une grave erreur dans les directives et non de simples inadvertances. La Cour d'appel a distingué, à juste titre, comme particulièrement grave, la façon dont des déclarations incriminantes faites à des agents

beyond “any peradventure of doubt” or “beyond any shadow of a doubt”.

In my view, this was made all the more serious by the trial judge considering the weight of various elements of proof taken separately. In *Côté v. The King*¹, Taschereau J. as he then was, said, speaking for all but one member of the Court (at p. 76):

It may be, and such is often the case, that the facts proven by the Crown, examined separately have not a very strong probative value; but all the facts put in evidence have to be considered each one in relation to the whole, and it is all of them taken together, that may constitute a proper basis for a conviction.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. and SPENCE and DICKSON JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: A. M. Harradence, Calgary.

Solicitor for the respondent: D. Ralston, Edmonton.

¹ (1941), 77 C.C.C. 75.

de police ont été mises de côté parce que chacune d'elles, prise séparément, ne prouvait rien au-delà «du moindre doute» ou «de l'ombre d'un doute».

A mon avis, tout cela est d'autant plus grave que le juge du procès a considéré le poids des divers éléments de preuve pris isolément. Dans *Côté c. Le Roi*¹, le juge Taschereau, alors juge puîné, a dit, parlant pour tous les membres de la Cour sauf un (à la p. 76):

[TRADUCTION] Il se peut, et c'est souvent le cas, que les faits prouvés par le ministère public, examinés séparément, n'aient pas une très grande valeur probante; mais tous les faits avancés en preuve doivent être examinés, chacun d'eux par rapport à tous les autres et c'est l'ensemble de tous ces faits qui peut constituer le fondement d'une déclaration de culpabilité.

Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN et les juges SPENCE et DICKSON étant dissidents.

Procureur de l'appellant: A. M. Harradence, Calgary.

Procureur de l'intimée: D. Ralston, Edmonton.

¹ (1941), 77 C.C.C. 75.

Northern Electric Company Limited, et al.
Appellants;

and

The Manufacturers Life Insurance Company
Respondent.

1976: February 25, 26; 1976: November 16.

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

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

Contracts — Mortgage financing arrangement — Sale and lease back with mortgage — Developer acting "as own contractor" — Mechanics' liens — Priorities as between lien holder and mortgagee — Whether under the mortgage financing arrangement between developer and Insurance Company the latter became "an owner" — The Mechanics' Lien Act, R.S.N.S. 1967, c. 178, ss. 1(a), (d), 5, 10, 11, 12.

Mechanics' liens — Owner — Person on whose behalf work is done — Person with whose privity and consent work is done — Person for whose direct benefit work is done — Hold back — Whether lessee is contractor — The Mechanics' Lien Act, R.S.N.S. 1967, c. 178, ss. 1(a), (d) 5, 10, 11, 12.

Mechanic's liens had been filed against land in which Manufacturers had a reversionary interest for a total of \$207,387.91 by subcontractors of whom Northern was one. A developer, Metropolitan Projects Limited, had agreed to sell the land to Manufacturers and Manufacturers to lease back the land to Metropolitan for 80 years. Manufacturers was to advance moneys on a first mortgage of the leasehold interest for construction of an apartment building on the land, the title to the building as well as to the land to be in Manufacturers. When the construction was almost completed Metropolitan went into bankruptcy. Actions were taken by the lien holders and the Northern action tried as a test case. The trial judge held that Northern was entitled to a lien on Manufacturer's reversion in fee simple and that there was a joint venture involved in the construction project but rejected the claim against the mortgaged leasehold interest in the land. The Court of Appeal however reversed, setting aside the trial judgment, rejecting the claim of lien against Manufacturers and holding that Metropolitan and Manufacturers were not joint ventur-

Northern Electric Company Limited, et
autres Appellants;

et

La compagnie d'assurance-vie
Manufacturers *Intimée.*

1976: les 25 et 26 février; 1976: le 16 novembre.

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

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

Contrats — Accord de financement par hypothèque — Vente et cession-bail avec hypothèque — Promoteur agissant «comme son propre entrepreneur» — Privilèges de constructeur — Priorité de rang entre le titulaire du privilège et le créancier hypothécaire — La compagnie d'assurances est-elle devenue «un propriétaire» à la suite d'un accord de financement par hypothèque entre elle et le promoteur? — The Mechanics' Lien Act, R.S.N.S. 1967, c. 178, art. 1a), d), 5, 10, 11, 12.

Privilèges de constructeur — Propriétaire — Personne au nom de laquelle les travaux sont effectués — Personne avec le concours et le consentement de laquelle les travaux sont effectués — Personne au profit personnel de laquelle les travaux sont effectués — Retenue — Le locataire est-il un entrepreneur? — The Mechanics' Lien Act, R.S.N.S. 1967, c. 178, art. 1a), d), 5, 10, 11, 12.

Des privilèges de constructeur avaient été enregistrés par des sous-traitants, dont Northern, au montant total de \$207,387.91, contre un terrain dans lequel Manufacturers avait un droit de retour. Un promoteur, Metropolitan Projects Limited, avait convenu de vendre le terrain à Manufacturers et cette dernière de le louer à Metropolitan pour un terme de 80 ans. Manufacturers devait avancer des fonds sur la garantie d'une première hypothèque sur le droit de tenure à bail pour la construction d'un immeuble d'appartements sur le terrain, Manufacturers étant propriétaire de ce dernier aussi bien que du bâtiment. Metropolitan fit faillite alors que la construction était presque complètement terminée. Des actions furent initiées par les titulaires des privilèges et celle de Northern fut instituée comme action-type. Le juge de première instance a statué que Northern était titulaire d'un privilège sur le droit de retour en pleine propriété et que le projet de construction de l'immeuble d'appartements constituait une opération conjointe. Il a toutefois refusé de reconnaître l'existence d'un privilège grevant le droit de tenure à bail hypothéqué sur le

ers. Manufacturers was held not to be an "owner" under the Act. The Court of Appeal further held that the lien claimant could not assert priority over Manufacturers' mortgage either under s. 7(3) or under s. 14(1) of the Act.

Held (Martland and Judson JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Spence, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: Although there was a lender-borrower aspect to the transaction the substance of it, particularly a letter of commitment providing for the sale by Metropolitan to Manufacturers of the land, gave it a different complexion. Nowhere in that letter was it stated that the construction of the building was to be for Metropolitan. If the building was for anyone it was for the respondent as owner of the land on which it was to be built.

The work can properly be said to have been done on behalf of Manufacturers, if not also for its direct benefit, as well as on behalf of Metropolitan and for its direct benefit. Since Manufacturers was an owner within s. 1(d) as being "a person at whose request and on whose behalf work is done or materials are furnished" it was also "any owner" under s. 5. Manufacturers *qua* its contract with Metropolitan was the person primarily liable so far as that contract was concerned; and as it contemplated construction of a building on land of which Manufacturers became owner pursuant to that contract, the contract was one by virtue of which a lien could arise.

Per Martland and Judson JJ. *dissenting*: While the work was done at the request of Manufacturers within the meaning of the Act it was not done on the credit of Manufacturers nor on its behalf. It was done by Metropolitan and by sub-contractors on Metropolitan's credit and on behalf of Metropolitan, but it was done with the privity and consent of Manufacturers which was therefore an owner within s. 1(d). Metropolitan did not however do the work of construction for Manufacturers; it contracted that a building would be constructed but constructed the building not as a contractor for Manufacturers but for itself as owner of the leasehold interest. Metropolitan was not a contractor under s. 1(a) and therefore the materials supplied by Northern were furnished for Metropolitan as owner, and not as a

terrain. La Cour d'appel a toutefois infirmé le jugement de première instance et a refusé de reconnaître l'existence d'un privilège à l'encontre de Manufacturers, statuant que Metropolitan et Manufacturers ne menaient pas une opération conjointe. Manufacturers n'a pas été jugée «propriétaire» au sens de la Loi. La Cour d'appel a en outre statué que le titulaire du privilège ne pouvait affirmer que ses droits primaient ceux de Manufacturers à titre de créancier hypothécaire, ni en vertu du par. 7(3) ni en vertu du par. 14(1) de la Loi.

Arrêt (les juges Martland et Judson étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Même si l'opération revêtait à certains égards l'aspect d'un prêt, son essence, particulièrement une lettre d'engagement stipulant la vente du terrain par Metropolitan à Manufacturers, est tout autre. On ne disait nulle part dans cette lettre que la construction de l'immeuble d'appartements devait se faire pour le compte de Metropolitan. Si la construction de l'immeuble se faisait pour le compte de quelqu'un, c'était pour celui de l'intimée qui était propriétaire du terrain sur lequel on le construisait.

On peut dire à bon droit que les travaux ont été exécutés au nom de Manufacturers, sinon aussi à son profit personnel, aussi bien qu'au nom de Metropolitan et à son profit personnel. Puisque Manufacturers était un propriétaire au sens de l'al. 1d) en tant que «personne à la demande et au nom de qui des travaux ont été exécutés ou des matériaux fournis», elle était également «tout propriétaire» en vertu de l'art. 5. Manufacturers de par son contrat avec Metropolitan était la personne liée au premier chef en ce qui concerne ce contrat; et comme celui-ci visait la construction d'un immeuble sur un terrain dont Manufacturers était devenue propriétaire conformément audit contrat, il s'ensuit qu'il s'agit d'un contrat en vertu duquel un privilège peut exister.

Les juges Martland et Judson, *dissidents*: Bien que les travaux fussent effectués à la demande de Manufacturers au sens de la Loi, ils n'ont pas été exécutés sur la foi du crédit de Manufacturers ni en son nom. Ils étaient effectués par Metropolitan et par des sous-traitants sur le crédit et au nom de Metropolitan, mais ils étaient effectués avec le concours et consentement de Manufacturers qui était par conséquent un propriétaire au sens de l'al. 1d). Toutefois, Metropolitan n'a pas exécuté les travaux de construction pour Manufacturers; elle s'est engagée à ce qu'un immeuble soit construit, mais elle a construit l'immeuble non à titre d'entrepreneur pour Manufacturers mais pour elle-même en qualité de propriétaire titulaire du droit de tenure à bail. Metropolitan n'était pas un entrepreneur au sens de l'al. 1a) et, par

contractor for Manufacturers. Northern did not therefore have a lien as against Manufacturers in the land nor was Manufacturers required under s. 12 to maintain a holdback for the benefit of Northern.

[*Northern Electric Company Limited v. F. Warkentin Electric Ltd.* (1972), 27 D.L.R. (3d) 519 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division¹ reversing a judgment of O'Hearn, Co. Ct. J., at trial holding appellant entitled to a lien on respondents' reversion in fee simple. Appeal allowed, Martland and Judson JJ. dissenting.

Harold F. Jackson, Q.C., and *David H. Reardon*, for the appellants.

J. S. Alward, Q.C., and *G. S. Black, Q.C.*, for the respondent.

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

THE CHIEF JUSTICE—This appeal involves a question of first instance in this Court, namely whether, under the particular scheme of construction mortgage financing arranged between a developer landowner and the respondent as “banker”, the latter became an “owner” under *The Mechanics' Lien Act*, R.S.N.S. 1967, c. 178, so as to make its interest in the property upon which construction had proceeded the subject of registered lien claims of unpaid subcontractors or, alternatively, whether the lien claimants were entitled as against the respondent to rely on the holdback provisions of the Act or whether the respondent was subject to their lien claims as a joint venturer with the developer landowner.

¹ (1974), 2 A.P.R. 97.

conséquent, les matériaux fournis par Northern étaient destinés à Metropolitan, à titre de propriétaire et non pas en qualité d'entrepreneur pour Manufacturers. Cela étant Northern n'avait pas un privilège grevant les droits de Manufacturers sur le terrain et Manufacturers n'avait pas l'obligation en vertu de l'art. 12 de maintenir une retenue en faveur de Northern.

[Arrêt mentionné: *Northern Electric Company Limited v. F. Warkentin Electric Ltd.* (1972), 27 D.L.R. (3d) 519.]

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse¹, infirmant un jugement du juge O'Hearn de la Cour de comté qui avait décidé que l'appelante était titulaire contre l'intimée d'un privilège sur le droit de retour en pleine propriété. Pourvoi accueilli, les juges Martland et Judson étant dissidents.

Harold F. Jackson, c.r., et *David H. Reardon*, pour les appelantes.

J. S. Alward, c.r., et *G. S. Black, c.r.*, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi porte sur une question soulevée pour la première fois devant cette Cour. En vertu d'un accord de financement hypothécaire pour la construction d'un immeuble, conclu en l'espèce entre le promoteur-propriétaire du terrain et l'intimée à titre de banquier, cette dernière est-elle devenue «propriétaire» au sens de la *Mechanics' Lien Act*, R.S.N.S. 1967, c. 178 et ses droits sur le terrain sur lequel a été construit l'immeuble sont-ils en conséquence assujettis aux privilèges enregistrés par les sous-traitants ayant des créances en souffrance? Subsidiairement, les titulaires de privilèges peuvent-ils opposer à l'intimée les dispositions législatives relatives à la retenue ou encore, ces privilèges valent-ils à l'encontre de l'intimée, considérée comme ayant mené une opération conjointe avec le promoteur-propriétaire du terrain?

¹ (1974), 2 A.P.R. 97.

The trial judge in a test action brought to enforce the lien claim of the appellant, one of seventeen such claimants, held that the appellant was entitled to a lien upon the respondent's reversion in fee simple and held also in supplementary reasons that there was a joint venture involved in the construction project, which was an apartment building. However, he rejected the claim of lien against the mortgaged leasehold interest in the land. The Nova Scotia Court of Appeal, founding itself mainly on the decision of the Manitoba Court of Appeal in *Northern Electric Company Limited v. F. Warkentin Electric Ltd.*², set aside the trial judgment and rejected the claim of lien against the respondent, holding that the appellant and respondent were not joint venturers in the construction of the apartment building and that the respondent was not an "owner" under the Act, not being a person at whose request the construction was carried out. It held, further, that in any event the lien claimant could not assert priority over the respondent's mortgage either under s. 7(3) or under s. 14(1) of the Act.

My brother Martland, whose reasons I have had the benefit of seeing before preparing my own, has set out in detail the facts out of which this lien proceeding arose. I need not repeat them here save to emphasize those features which, in the light of the total arrangement between the developer and the respondent, lead me to a conclusion different from that which my brother Martland would reach. In my opinion, although there is a lender-borrower aspect to the transaction between the developer and the respondent, the substance of it gives it a far different complexion.

The key document is a letter of commitment which, as revised, provided for the sale by the developer Metropolitan to the respondent of certain land for \$164,000, an agreement by the respondent to lease the land to Metropolitan for a term of 80 years and to advance \$1,236,000 to Metropolitan, on the security of a first mortgage on the leasehold interest, at an interest rate of 9¼

Dans une action-type instituée pour faire valoir le privilège de l'appelante (il y avait dix-sept autres réclamants), le juge de première instance a statué que cette dernière avait droit à un privilège sur le droit de réversion en pleine propriété de l'intimée et il a en outre statué que le projet de construction de l'immeuble d'appartements constituait une opération conjointe. Il a toutefois rejeté la revendication de privilège sur le droit de tenure à bail hypothéqué. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, se fondant surtout sur la décision de la Cour d'appel du Manitoba dans *Northern Electric Company Limited v. F. Warkentin Electric Ltd.*², a infirmé le jugement de première instance et a rejeté la revendication de privilège à l'encontre de l'intimée. Elle a décidé que la construction de l'immeuble d'appartements ne constituait pas une opération conjointe de l'appelante et de l'intimée et que cette dernière n'était pas «propriétaire» au sens de la Loi, n'étant pas une personne à la demande de qui se faisait la construction. Elle a en outre statué que, de toute façon, celui qui revendique le privilège ne pouvait affirmer que ses droits avaient priorité sur ceux de l'intimée à titre de créancier hypothécaire, ni en vertu du par. 7(3) ni en vertu du par. 14(1) de la Loi.

Mon collègue le juge Martland, dont j'ai eu l'avantage de lire les motifs avant de rédiger les miens, a exposé de façon détaillée les faits qui ont donné naissance aux présentes procédures. Il ne m'est pas nécessaire de les reprendre, sauf pour souligner les aspects de l'affaire qui, à la lumière de l'ensemble de l'entente conclue entre le promoteur et l'intimée, m'amènent à une conclusion différente de la sienne. A mon avis, même si l'opération intervenue entre le promoteur et l'intimée revêt à certains égards l'aspect d'un prêt, elle en est essentiellement différente.

Le document clé est une lettre qui, dans sa version révisée, stipule que la Metropolitan, promoteur immobilier, devait vendre à l'intimée un certain terrain au prix de \$164,000 et que l'intimée céderait à bail le terrain à la Metropolitan pour une durée de 80 ans et avancerait à celle-ci la somme de \$1,236,000, garantie par une première hypothèque sur le droit de tenure à bail, à un

² (1972), 27 D.L.R. (3d) 519.

² (1972), 27 D.L.R. (3d) 519.

per cent. As originally drawn on October 29, 1968, the letter recited that "it is understood and agreed that we will construct one four-story apartment building with an aggregate of 82 suites. . . . The construction is to be in accordance with the preliminary plans and specifications in your possession. It is understood and agreed that final plans and specifications are to meet with your approval". The respondent accepted this proposal on November 8, 1968, and six months later the parties agreed to expand the project to a six-storey apartment building with an aggregate of 125 suites, involving of course a larger advance by the respondent. By that time, as the revised letter of May 14, 1969 stated—and it was a letter from the respondent to Metropolitan—construction had already commenced. The respondent's control of the financing of the project entitled it to measure any advances against progress towards completion of the apartment building. The letter of commitment also provided that notwithstanding that the respondent would withhold sufficient funds to complete construction, "there will be a holdback of \$185,400 until gross annual rents on an unfurnished basis exceed \$228,000 . . .".

In view of some of the submissions to which I will refer later in these reasons, it is worth noting that nowhere in the letter of commitment is it stated that the construction of the apartment building is to be for Metropolitan. The sequence of clauses in the letter is (1) an agreement by Metropolitan to sell its land to the respondent, the latter to lease the land back for an 80-year term; (2) an agreement by the respondent to grant a first mortgage on the leasehold interest; (3) a description of the land, and (4) "it is agreed and understood that we [Metropolitan] will construct a six-storey apartment building with an aggregate of 125 suites . . .". If the apartment building was for anyone, it was for the respondent as owner of the land on which it was to be built. Metropolitan was as much a contractor for the construction as a beneficiary thereof.

intérêt de 9¼ pour cent. Dans sa version initiale, en date du 29 octobre 1968, la lettre portait qu'[TRADUCTION] «il est convenu que nous construirons un immeuble de quatre étages comprenant au total 82 appartements. . . . La construction sera conforme aux plans et devis préliminaires qui sont en votre possession. Il est convenu que les plans et devis définitifs seront soumis à votre approbation». L'intimée a accepté cette offre le 8 novembre 1968 et, six mois plus tard, les parties ont convenu d'un projet plus audacieux, de construire un immeuble de six étages, comportant 125 appartements, ce qui supposait, bien sûr, que l'intimée augmente son avance. Les travaux de construction étaient déjà commencés, comme en fait état la lettre révisée du 14 mai 1969, envoyée par l'intimée à la Metropolitan. L'intimée qui avait la haute main sur le financement du projet, avait le droit de régler ses avances de fonds sur l'avancement des travaux. L'engagement portait en outre que l'intimée, en plus de retenir une somme suffisante pour terminer la construction, [TRADUCTION] «retiendrait la somme de \$185,400 jusqu'à ce que les loyers annuels bruts des appartements, sans les meubles, dépassent \$228,000 . . .».

Étant donné certaines des prétentions dont je parlerai plus tard, il y a lieu de signaler qu'on ne dit nulle part dans la lettre d'engagement que la construction de l'immeuble d'appartements doit se faire pour le compte de la Metropolitan. Dans l'ordre, les clauses de cette lettre sont les suivantes: (1) engagement par la Metropolitan de vendre son terrain à l'intimée qui le cédera à bail à la Metropolitan pour une durée de 80 ans; (2) engagement par l'intimée d'accorder un prêt garanti par hypothèque sur le droit de tenure à bail; (3) une description du terrain, et (4) [TRADUCTION] «il est convenu que nous [Metropolitan] construirons un immeuble d'appartements de six étages comportant 125 appartements . . .». Si la construction de l'immeuble d'appartements se faisait pour le compte de quelqu'un, c'était pour celui de l'intimée en tant que propriétaire du terrain sur lequel on le construisait. La Metropolitan était autant un entrepreneur de la construction qu'un bénéficiaire de celle-ci.

Of the total loan commitment, \$1,150,000 was advanced before any lien was registered and none of the balance of the loan, namely, \$85,400 was advanced thereafter. Hence, in so far as the respondent can be said to be a prior mortgagee only, it was protected as to its actual advances by s. 14(1) of the Act. It was not suggested that the \$85,400 had any relation to the \$185,400 holdback which was stipulated under the letter of commitment.

The land was conveyed to the respondent as agreed to under the original letter of commitment, and an 80-year lease was given by the respondent to Metropolitan which contained a covenant by the latter to construct the building and provided for certain rent payments to the respondent as follows:

A. In each and every year of the said term (each of which is measured by the commencement date and anniversaries thereof) in which the gross receipts from rentals and other monies received or receivable for the use and occupation of the demised lands and premises exceeds Two Hundred Fifty-five Thousand Dollars (\$255,000.00) rental equal to Ten (10%) percent of such excess which shall be paid by the Lessee to the Lessor within Sixty (60) days of the end of each such year or years; and

B. In addition to the rental payable under the next preceding Clause A the following rent:

(i) In advance on the first day of each and every succeeding month during the first three hundred and sixty—(360) months of the term of this Lease, commencing on the 1st day of June, A.D., 1969, the sum of One Thousand One Hundred and Sixty-one Dollars and Sixty-seven Cents (\$1,161.67);

(ii) In advance on the first day of each and every succeeding month during the next two hundred and forty (240) months of the said term commencing on the 1st day of June, A.D., 1999, a sum equivalent to one-twelfth of eight and one-half per cent (8½%) of the appraised value of the demised lands, exclusive of any buildings and improvements thereon, as of the 31st day of May, A.D., 1999, or the monthly sum payable under subclause (i) immediately preceding, whichever is the greater;

(iii) In advance on the first day of each and every succeeding month after the expiration of the first six hundred (600) months of the term of this Lease until the expiration of the said term, commencing on the

Du prêt total promis, on a avancé \$1,150,000 avant l'enregistrement du premier privilège; le solde du prêt, soit \$85,400, n'a jamais été versé. Relativement aux avances réellement faites, l'intimée ne jouit donc de la protection accordée par le par. 14(1) de la Loi que dans la mesure où elle peut être considérée comme un créancier hypothécaire dont la créance est antérieure. Personne n'a prétendu que la somme de \$85,400 avait un rapport quelconque avec la retenue de \$185,400, stipulée dans la lettre d'engagement.

Le terrain a été cédé à l'intimée, selon ce que prévoyait la lettre initiale d'engagement, et l'intimée a cédé le terrain à bail à la Metropolitan pour une durée de 80 ans. Une des stipulations de ce bail était que la Metropolitan construise l'immeuble et l'on y fixait les paiements suivants qui devaient être versés à l'intimée à titre de loyer:

[TRADUCTION] A. Chaque année de la durée du bail (les années commencent le jour de l'entrée en vigueur du bail et, par la suite, le jour anniversaire de celui-ci) où les revenus bruts tirés des loyers et les autres sommes reçues ou à recevoir pour l'usage et l'occupation des terrains et des locaux cédés à bail dépassent deux cent cinquante-cinq mille dollars (\$255,000), une redevance égale à dix (10%) pour cent de cet excédent, que le preneur paiera au bailleur dans les soixante (60) jours de la fin de chacune de ces années; et

B. Outre la redevance payable en vertu de la clause A ci-dessus, le loyer suivant:

(i) A l'avance, le premier jour de chaque mois durant les trois cent soixante (360) premiers mois de la durée du présent bail, à compter du 1^{er} juin 1969, la somme de mille cent soixante-et-un dollars et soixante-sept cents (\$1,161.67);

(ii) A l'avance, le premier jour de chaque mois durant les deux cent quarante (240) mois suivants de la durée du bail, à compter du 1^{er} juin 1999, un montant équivalant à un douzième de huit et demi pour cent (8½%) de la valeur estimative des terrains cédés à bail, à l'exclusion des bâtiments et des améliorations qui s'y trouvent, en date du 31 mai 1999, ou le montant payable mensuellement en vertu de la sous-clause (i) ci-dessus, selon celui des deux montants qui est le plus élevé;

(iii) A l'avance, le premier jour de chaque mois après l'expiration des six cents (600) premiers mois de la durée du présent bail jusqu'à l'expiration de celui-ci, à compter du 1^{er} juin 2019, un montant équivalant à un

1st day of June, A.D., 2019, a sum equivalent to one-twelfth of eight and one-half per cent (8½%) of the appraised value of the demised lands, exclusive of any buildings and improvements thereon, as of the 31st day of May, A.D., 2019, or the monthly sum payable under subclause (ii) immediately preceding, whichever is the greater;

The mortgage of the leasehold interest was by way of a sublease of 80 years less one day and the mortgage advances were to be repaid in thirty years by blended monthly payments of principal and interest. Metropolitan acted as its own contractor on the job, doing the structural work and some carpentry. Other required work was done by subcontractors and the project was about 90 to 95 per cent completed when Metropolitan went bankrupt. Once construction began, an official of the respondent, charged by it to oversee the project, visited the site about every two weeks to see that the plans and specifications approved by the respondent were being followed. Inspections also took place when advances of mortgage money were requested.

The result of the arrangement between Metropolitan and the respondent was to give the latter title to the land and building, full possession on the termination of the 80-year lease, and in the meantime the right to share in the profits from the apartment building as well as to receive monthly rent payments during the leasehold period. This was no mere mortgage investment by the respondent requiring it to reconvey the property on repayment of its loan but, rather, the financing, for its own benefit as owner, of a property development to be carried out for it by another who brought into it the land on which the development was to take place and who would stand to gain (apart from being paid for the land) from the revenues of the development over the period of its leasehold. In the events that happened, Metropolitan lost its leasehold interest when a second mortgagee thereof foreclosed and Metropolitan's rights were sold.

douzième de huit et demi pour cent (8½%) de la valeur estimative des terrains cédés à bail, à l'exclusion des bâtiments et des améliorations qui s'y trouvent, en date du 31 mai 2019, ou le montant payable mensuellement en vertu de la sous-clause (ii) ci-dessus, selon celui des deux montants qui est le plus élevé;

Le droit de tenure à bail a été grevé d'une hypothèque qui a pris la forme d'une sous-location d'une durée de 80 ans moins un jour et les fonds prêtés sur hypothèque devaient être remboursés en trente ans par des paiements mensuels composés comprenant le capital et l'intérêt. La Metropolitan a agi comme son propre entrepreneur sur le chantier, se chargeant du gros œuvre et de la charpente ainsi que d'une partie de la menuiserie. Les autres travaux ont été confiés à des sous-traitants; le projet était achevé à environ 90 ou 95 p. cent quand la Metropolitan a fait faillite. Dès le début des travaux, un employé de l'intimée, chargé de surveiller le projet, a visité le chantier toutes les deux semaines environ pour s'assurer que l'on suivait bien les plans et devis approuvés par l'intimée. Il y avait aussi une inspection chaque fois qu'on demandait des avances de fonds.

Aux termes de l'entente conclue entre la Metropolitan et l'intimée, cette dernière était propriétaire du terrain et de l'immeuble, elle avait la pleine possession à la fin du bail de 80 ans, et entre-temps, elle avait un droit de participation aux profits tirés de l'immeuble d'appartements ainsi que le droit de recevoir des redevances mensuelles pendant la durée du bail. Il ne s'agissait pas d'un simple investissement sous forme d'hypothèque par l'intimée l'obligeant à rétrocéder la propriété au moment du remboursement du prêt, mais plutôt d'un financement, pour son propre bénéfice à titre de propriétaire, d'un projet de développement immobilier devant être effectué pour elle par un autre qui contribuait le terrain à aménager et qui (en plus de toucher le prix du terrain) devait participer aux profits tirés des revenus produits par la propriété pendant la durée du bail. Mais la Metropolitan a perdu son droit de tenure à bail lorsqu'il y eut forclusion par un créancier hypothécaire de second rang et que les droits de la Metropolitan ont été vendus.

It is my brother Martland's conclusion that on the facts herein the respondent is an "owner" as that term is defined in s. 1(d) of the Act which reads as follows:

In this Act,

(d) "owner" extends to any person, body corporate or politic, including a municipal corporation and a railway company, having any estate or interest in the land upon or in respect of which the work or service is done, or materials are placed or furnished, at whose request and

- (i) upon whose credit; or
- (ii) on whose behalf; or
- (iii) with whose privity and consent; or
- (iv) for whose direct benefit;

work, or service is performed or materials are placed or furnished, and all persons claiming under him or them whose rights are acquired after the work or service in respect of which the lien is claimed is commenced or the materials furnished have been commenced to be furnished;

That conclusion is based on the view that under the arrangement with Metropolitan, by which the respondent obtained an estate or interest in the land upon which the apartment building was constructed, the work of construction was done at its request and with its privity and consent. I agree with this assessment so far as it goes. In coming to the conclusion that the respondent was an "owner" as aforesaid, Justice Martland examined the *Warkentin* case and was satisfied that on its facts it differed from the present case. At the same time, he rejected the contention of the appellant that the work was done either upon the respondent's credit, within s. 1(d)(i), or on its behalf, within s. 1(d)(ii).

Coffin J.A., who spoke for the Nova Scotia Court of Appeal, had also concluded that there was "privity and consent" on the respondent's part and (to quote him) "that being so, my doubts in view of my [adverse] conclusion as to joint venture, as to whether it can in any way be said that the work was done on behalf of or for the direct benefit of [the respondent] under clause (ii) and (iv) of s. 1(d) are perhaps not important". Coffin J.A. refused, however, to find that work was done

Mon collègue le juge Martland arrive à la conclusion que, compte tenu des faits en l'espèce, l'intimée est un «propriétaire», selon la définition de ce terme à l'al. 1d) de la Loi:

[TRADUCTION] Dans la présente loi,

(d) «propriétaire» désigne toute personne physique ou morale, y compris une municipalité et une compagnie de chemin de fer, ayant un droit de tenure ou autre droit sur le bien-fonds sur lequel ou pour lequel les travaux ou les services sont faits ou rendus, ou les matériaux placés ou fournis, à sa demande et

- (i) sur la foi de son crédit,
- (ii) en son nom,
- (iii) avec son concours et consentement, ou
- (iv) à son profit personnel,

et toutes les personnes qui revendiquent comme ses ou leurs ayants droits, dont les droits ont été acquis après le commencement des travaux ou des services ou de la fourniture de matériaux qui font l'objet d'une revendication de privilège;

Cette conclusion s'appuie sur le point de vue qu'en vertu de l'entente conclue avec la Metropolitan, aux termes de laquelle l'intimée a obtenu un droit de tenure ou un autre droit sur le bien-fonds sur lequel l'immeuble d'appartements était construit, les travaux de construction ont été exécutés à sa demande et avec son concours et consentement. Je souscris à cela, mais il y a plus. Pour arriver à la conclusion que l'intimée est un «propriétaire», le juge Martland a examiné l'arrêt *Warkentin* et a conclu que les faits la distinguaient de la présente cause. En même temps, il a rejeté la prétention de l'appelante selon laquelle les travaux avaient été exécutés sur la foi du crédit de l'intimée, au sens du sous-al. 1d)(i), ou en son nom, au sens du sous-al. 1d)(ii).

Le juge Coffin, porte-parole de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, a lui aussi conclu qu'il y avait «concours et consentement» de la part de l'intimée et (je le cite) [TRADUCTION] «que cela étant et compte tenu de ma conclusion [négative] sur l'existence d'une opération conjointe, mes doutes sur la question de savoir si l'on peut dire que les travaux ont été exécutés au nom de [l'intimée] ou à son profit personnel en vertu des sous-al. (ii) et (iv) de l'al. 1d), ne revêtent peut-être pas

at the respondent's request, either expressly or impliedly, and I agree with my brother Martland that Coffin J.A. was wrong in failing to make that finding.

I would go further than the Nova Scotia Court of Appeal and further than my brother Martland in assessing whether the respondent is an "owner" under s. 1(d). In my opinion, the work herein can properly be said to have been done also on the respondent's behalf, if not also for its direct benefit. It may be said that it was also done on behalf of Metropolitan and for its direct benefit, but, if so, this does not preclude a similar finding in respect of the respondent, having regard to the arrangement between it and Metropolitan. The outright purchase by the respondent of the land on which the apartment building was to be built, the fact that title to the building would belong to the respondent no less than the title to the land, without any reversion right in Metropolitan, and the fact that, to the knowledge of the respondent, Metropolitan was to act as contractor on the project which was to proceed according to plans and specifications approved by the respondent and under the latter's financial control, are significant indications to me that the work was being done and the materials furnished more on behalf of the respondent than on behalf of Metropolitan, and more for its direct benefit than for the direct benefit of Metropolitan.

The nub of this case resides in the application to the lien claim of the appellant of ss. 5 and 12 of the Act. For purposes of context, I reproduce ss. 10 and 11 as well; the four sections are as follows:

5. Unless he signs an express agreement to the contrary and in that case subject to Section 3, any person who performs any work or service upon or in respect of, or places or furnishes any material to be used in the making, constructing, erecting, fitting, altering, improving, or repairing of any erection, building, railway, ship, vessel, land, wharf, pier, bulkhead, bridge, trestlework, vault, mine, well, excavation, fence, sidewalk, pavement, fountain, fishpond, drain, sewer, aqueduct, roadbed, way, fruit or ornamental trees, or the appurtenances to any of them, for any owner, contractor, or sub-contractor, shall by virtue thereof have a lien for the price of such work, service or materials upon the erection, build-

d'importance». Le juge Coffin a toutefois refusé de statuer que les travaux avaient été exécutés à la demande expresse ou tacite de l'intimée, et je suis d'accord avec mon collègue le juge Martland que le juge Coffin a erré en ne concluant pas ainsi.

Mais j'irais plus loin que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et plus loin que mon collègue le juge Martland en recherchant si l'intimée est un «propriétaire» au sens de l'al. 1d). A mon avis, on peut dans ce cas-ci dire à bon droit que les travaux ont été exécutés au nom de l'intimée mais non à son profit personnel. Il se peut qu'ils aient aussi été exécutés au nom de la Metropolitan et à son profit personnel, mais, si tel est le cas, cela n'empêche pas que cela soit vrai aussi à l'égard de l'intimée, étant donné l'entente conclue avec la Metropolitan. L'achat ferme par l'intimée du terrain sur lequel on devait construire l'immeuble d'appartements, le fait que celui-ci appartiendra à l'intimée tout autant que le bien-fonds, sans aucun droit de retour à la Metropolitan, et le fait qu'à la connaissance de l'intimée, la Metropolitan devait agir à titre d'entrepreneur du projet conformément aux plans et devis approuvés par l'intimée et sous son contrôle financier indiquent à mon avis que les travaux étaient exécutés et les matériaux fournis plus au nom de l'intimée qu'à celui de la Metropolitan et plus au profit personnel de la première qu'à celui de cette dernière.

Au cœur de la présente affaire est la question de l'application des art. 5 et 12 de la Loi à la revendication de privilège de l'appelante. Pour bien situer la question, je citerai aussi les art. 10 et 11:

[TRADUCTION] 5. Sauf s'il signe une convention expresse à l'effet contraire et, dans ce cas, sous réserve de l'article 3, quiconque effectue des travaux ou fournit des services à l'égard de la fabrication, la construction, l'érection, l'installation, la modification, l'amélioration ou la réparation d'une construction, d'un bâtiment, d'un chemin de fer, d'un bateau, d'un navire, d'un terrain, d'un quai, d'un embarcadère, d'une cloison, d'un pont, de chevalets, d'une voûte, d'une mine, d'un puits, d'une excavation, d'une clôture, d'un trottoir, d'une chaussée, d'une fontaine, d'un vivier, d'un drain, d'un égout, d'un aqueduc, de l'assiette d'une chaussée, d'un chemin, d'arbres fruitiers ou d'ornement, ou des accessoires de l'un

ing, railway, ship, vessel, land, wharf, pier, bulkhead, bridge, trestlework, vault, mine, well, excavation, fence, sidewalk, paving, fountain, fishpond, drain, sewer, aqueduct, roadbed, way, fruit or ornamental trees and appurtenances, and the land occupied thereby or enjoyed therewith or upon or in respect of which such work or service is performed, or upon which such materials are placed or furnished to be used, limited, however, in amount to the sum justly due to the person entitled to the lien and to the sum justly owing (except as herein provided) by the owner.

10. Save as herein otherwise provided, the lien shall not attach so as to make the owner liable for a greater sum than the sum payable by the owner to the contractor.

11. Save as herein otherwise provided, where the lien is claimed by any person other than the contractor the amount which may be claimed in respect thereof shall be limited to the amount owing to the contractor or subcontractor or other person for whom the work or service has been done or the materials placed or furnished.

12. (1) In all cases the person primarily liable upon any contract under or by virtue of which a lien may arise shall, as the work is done or materials are furnished under the contract, deduct from any payments to be made by him in respect of the contract, and retain for a period of forty-five days after the completion or abandonment of the contract, twenty per cent of the value of the work, service and materials actually done, placed or furnished as mentioned in Section 5, and such value shall be calculated on the basis of the contract price, or if there is no specific contract price, then on the basis of the actual value of the work, service or materials.

(2) Where the contract price or actual value exceeds fifteen thousand dollars, the amount to be retained shall be fifteen per cent instead of twenty per cent.

(3) The lien shall be a charge upon the amount directed to be retained by this Section in favor of sub-contractors whose liens are derived under persons to whom such moneys so required to be retained are respectively payable.

(4) All payments up to eighty per cent or eighty-five per cent where the contract price or actual value exceeds fifteen thousand dollars, of such price or value made in good faith by an owner to a contractor, or by a contractor to sub-contractor, or by one sub-contractor to

ou l'autre des susdits, pour tout propriétaire, entrepreneur ou sous-traitant, ou place ou fournit des matériaux à cet égard, jouit à ce titre d'un privilège visant à assurer l'acquittement du prix de ces travaux, services ou matériaux, sur les susdits et leurs accessoires, et sur le terrain occupé par eux ou dont ils ont la jouissance ou à l'égard desquels ces travaux ou ces services ont été fournis, ou sur lesquels ces matériaux sont placés ou sont fournis pour y être utilisés, privilège dont le montant est toutefois limité à celui légalement dû au titulaire du privilège et à celui légalement dû (sauf ce qui est prévu ci-après) par le propriétaire.

10. Sauf disposition contraire de la présente loi, le privilège n'a pas pour effet de rendre le propriétaire redevable d'une somme supérieure à celle qu'il doit payer à l'entrepreneur.

11. Sauf disposition contraire de la présente loi, lorsqu'une personne autre que l'entrepreneur revendique le privilège, le montant ainsi revendiqué ne peut dépasser le montant dû à l'entrepreneur ou au sous-traitant ou à toute autre personne pour qui les travaux ou les services ont été exécutés ou les matériaux placés ou fournis.

12. (1) Dans tous les cas la personne liée au premier chef par un contrat en vertu duquel ou conformément auquel un privilège peut naître, doit, au fur et à mesure de l'exécution des travaux ou de la fourniture des matériaux en vertu du contrat, déduire de tous les paiements qu'elle doit effectuer en vertu de ce contrat et retenir pour une période de quarante-cinq jours après l'exécution du contrat ou l'abandon de l'entreprise, un montant égal à vingt pour cent de la valeur des travaux, des services et des matériaux réellement effectués, placés ou fournis visés à l'article 5, valeur qui est calculée sur la base du prix contractuel ou de la valeur réelle des travaux, des services ou des matériaux, si ce prix n'est pas fixé.

(2) Lorsque le prix contractuel ou la valeur réelle dépasse quinze mille dollars, le montant à retenir est de quinze pour cent au lieu de vingt pour cent.

(3) Le privilège constitue une charge grevant le montant dont le présent article prescrit la retenue en faveur des sous-traitants qui tirent leur privilège des personnes auxquelles ces sommes qui doivent être retenues sont respectivement payables.

(4) Tous paiements jusqu'à concurrence de quatre-vingts pour cent, ou de quatre-vingt-cinq pour cent lorsque le prix contractuel ou la valeur réelle dépasse quinze mille dollars, de ce prix ou de cette valeur, faits de bonne foi par un propriétaire à un entrepreneur, ou

another sub-contractor, before notice in writing of such lien given by the person claiming the lien to him, shall operate as a discharge *pro tanto* of the lien.

(5) Payment of the percentage required to be retained under subsections (1) and (2) may be validly made so as to discharge all liens or charges in respect thereof after the expiration of the period of forty-five days mentioned in subsection (1) unless in the meantime proceedings have been commenced to enforce any lien or charge against such percentage as hereinafter provided.

Section 5, so far as relevant, declares that a lien arises when a person performs work upon or furnishes material to be used in the construction of a building "for any owner, contractor or sub-contractor". It seems plain to me that once it is determined that the respondent is an owner within s. 1(d), as being a person at whose request and on whose behalf work is done or materials are furnished in respect of land in which that person has an estate or interest, it is also "any owner" under s. 5, as a person for whom the work is done or the materials are furnished in respect of the construction project. It is unnecessary, therefore, for me to decide whether the respondent is also within s. 5 as an "owner" by reason of work being done or materials being furnished at its request and with its privity and consent. I incline to the view that it is also within s. 5 on that basis, especially when Metropolitan, the developer, was also the general contractor for the construction project carried out under the letters of commitment between it and the respondent.

Moreover, I am of the opinion that Metropolitan falls within the term "contractor" which is defined in s. 1(a) as follows:

In this Act,

(a) "contractor" means a person contracting with or employed directly by the owner or his agent for the doing of work or service or placing or furnishing materials for any of the purposes mentioned in this Act;

par un entrepreneur à un sous-traitant, ou par un sous-traitant à un autre sous-traitant, avant qu'un avis écrit du privilège lui ait été donné par la personne qui le revendique, constituent libération *pro tanto* de ce privilège.

(5) Le paiement du pourcentage dont les paragraphes (1) et (2) prescrivent la retenue peut s'effectuer valablement de manière à libérer tout privilège ou toute charge visés aux présentes après l'expiration de la période de quarante-cinq jours mentionnée au paragraphe (1), sauf si entre-temps des procédures ont été instituées pour satisfaire à la créance à même le pourcentage de la façon prévue ci-après.

L'article 5, pour autant qu'il nous intéresse, porte que bénéficie d'un privilège la personne qui exécute des travaux de construction d'un immeuble ou qui fournit des matériaux à cette fin «pour tout propriétaire, entrepreneur ou sous-traitant». Il me semble évident qu'une fois établi que l'intimée est un propriétaire au sens de l'al. 1d), c'est-à-dire en l'occurrence une personne à la demande et au nom de qui des travaux ont été exécutés ou des matériaux fournis relativement à un bien-fonds sur lequel cette personne a un droit de tenure ou un autre droit, elle se trouve de ce fait visée par les mots «tout propriétaire» à l'art. 5, en tant que personne pour qui les travaux sont exécutés ou les matériaux fournis relativement au projet de construction. Il ne m'est donc pas nécessaire de décider si l'intimée est aussi un «propriétaire» au sens de l'art. 5 du fait que des travaux ont été exécutés ou des matériaux fournis à sa demande et avec son concours et consentement. Je suis porté à croire qu'elle est aussi, de ce point de vue, un propriétaire au sens de l'art. 5, parce que notamment la Metropolitan, le promoteur, était aussi l'entrepreneur général du projet de construction exécuté en vertu de l'engagement souscrit par elle et l'intimée.

Je suis en outre d'avis que la Metropolitan est un «entrepreneur» selon la définition de l'al. 1a):

[TRADUCTION] Dans la présente loi,

a) «entrepreneur» désigne une personne qui passe un contrat avec le propriétaire ou son représentant, ou que l'un ou l'autre de ces derniers emploie directement, pour exécuter des travaux ou fournir des services ou placer ou fournir des matériaux pour toutes fins mentionnés à la présente loi;

It is a person who contracted with the owner, that is with the respondent, for the construction of the apartment building. I do not think that the definite article "the" in the definition can be taken here to exclude the respondent since, so far as any contract for the building was concerned, the respondent, as owner of the land on which the building was to be constructed, qualified as "owner" in respect of the contract. There was a direct dealing between Metropolitan, which acted as its own contractor, and the respondent, the former undertaking with the latter to build an apartment building according to plans to be approved by the respondent. I think it would be too narrow a reading of the provisions of the *Mechanics' Lien Act* (having regard to its object to offer protection to persons doing work or providing services or furnishing materials in respect of any building or improvement) to draw a distinction between a contract for an entire building and a contract for work, services or materials going to make up that building, so as to exclude the former from the scope of the Act in respect of the definition of "contractor".

Section 5 of the Act limits the lien as to amount "to the sum justly due to the person entitled to the lien and to the sum justly owing (except as herein provided) by the owner". The remaining amount of the agreed upon loan which had not been advanced was held by the respondent pending completion of the building, and hence it cannot be said to have been justly owing by the owner. It becomes necessary to see, therefore, whether the appellant can realize on its lien in any other way by way of exception to the provisions of s. 5. Neither s. 10 nor s. 11 is of any avail to the appellant, but both are subject to the overriding clause "save as herein otherwise provided". This brings me to consider whether the appellant can claim the benefit of the holdback provisions of s. 12.

The question is simply whether the respondent is within the words "the person primarily liable upon any contract under or by virtue of which a lien may arise" so as to oblige it to maintain a 15 per cent holdback for the prescribed period after com-

C'est une personne qui a passé un contrat avec le propriétaire, c'est-à-dire avec l'intimée, pour la construction de l'immeuble d'appartements. Je ne pense pas que l'emploi de l'article défini «le», dans la définition, exclut l'intimée en l'espèce car, en ce qui concerne tout contrat relatif à l'immeuble, l'intimée, à titre de propriétaire du terrain sur lequel l'immeuble devait être construit, se trouvait être «propriétaire» relativement au contrat. Il y a eu négociation directe entre la Métropolitain, qui agissait comme son propre entrepreneur, et l'intimée, celle-ci s'engageant envers celle-là à construire un immeuble d'appartements conforme aux plans qu'approuverait l'intimée. Je pense qu'on interpréterait de façon trop étroite les dispositions de la *Mechanics' Lien Act* (étant donné qu'elle vise à protéger les personnes exécutant des travaux ou fournissant des services ou des matériaux relativement à tout immeuble ou à toute amélioration) si l'on faisait une distinction entre un contrat visant la totalité de l'immeuble et un contrat visant des travaux, des services ou des matériaux qui vont servir à la construction de l'immeuble, de façon à exclure le premier de l'application de la Loi en raison de la définition du mot «entrepreneur».

L'article 5 de la Loi limite le privilège, sur le plan quantitatif, au montant «légalement dû au titulaire du privilège et à celui légalement dû (sauf ce qui est prévu ci-après) par le propriétaire». Le solde du prêt promis qui n'avait pas été versé, a été retenu par l'intimée jusqu'à l'achèvement des travaux, et on ne peut donc dire qu'il était légalement dû par le propriétaire. Il est donc nécessaire de déterminer si l'appelante peut toucher sa créance de quelque autre façon, autrement qu'en ayant recours aux dispositions de l'art. 5. Ni l'art. 10 ni l'art. 11 ne peuvent être utiles à l'appelante, mais ces deux articles sont assujettis à la dérogation «sauf disposition contraire de la présente loi». Cela m'amène à me demander si l'appelante peut se prévaloir des dispositions relatives aux retenues de l'art. 12.

La question est simplement de savoir si l'intimée relève de l'expression «personne liée au premier chef par un contrat en vertu duquel ou conformément auquel un privilège peut naître» de sorte qu'elle serait obligée de retenir 15 p. cent pendant

pletion or abandonment of the work or the furnishing of materials. There is no issue as to Metropolitan being primarily liable under contracts with its sub-contractors, nor as to those being contracts under or by virtue of which a lien may arise. The respondent, *qua* its contract with Metropolitan, is, it seems to me, similarly the person primarily liable so far as that contract is concerned; and, as it contemplated construction of a building on land of which the respondent became the owner pursuant to that contract, it follows that the contract is one by virtue of which a lien may arise. This Court is not called on in this case to determine what application should be made of the holdback provision of *The Mechanics' Lien Act* if Metropolitan had not acted as the contractor for the project but had engaged someone else for that purpose.

I cannot agree with the submission that Metropolitan was merely borrowing money to enable it to put up a building of its own, and that the respondent was not advancing money for the construction of a building for it by Metropolitan. The title position and the rent payment provisions are against any such submission. Whose building was it if not the respondent's, subject to possession and use by Metropolitan for a limited period, by way of being able to realize some pecuniary advantage from its original ownership of the land and from its exertions as contractor? The letters of commitment are clear enough on this point since they associate the obligation to construct the building with the transfer to the respondent of the land upon which the building is to be constructed, and they provide that the construction will be paid for by the respondent. This is the substance of the overall arrangement, and the security aspect of the transaction, involving a mortgage of the leasehold, cannot be allowed to mask that substance. I am not at all persuaded that the true character of the transaction between the parties can be founded upon a consideration of only the mortgage of the leasehold, with its commonplace provision that any advances thereon are in the discretion of the mortgagee. This provision has no more reality against the entire arrangement than has that provision of

la période prescrite après la fin ou l'abandon des travaux ou de la fourniture des matériaux. Il est admis de part et d'autre que la Metropolitan est responsable au premier chef en vertu des contrats conclus avec ses sous-traitants, et que ce sont des contrats en vertu desquels et conformément auxquels un privilège peut naître. L'intimée, de par son contrat avec la Metropolitan, est de même, me semble-t-il, une personne liée au premier chef en ce qui concerne ce contrat; et, comme celui-ci visait la construction d'un immeuble sur un bien-fonds dont l'intimée était devenue propriétaire conformément audit contrat, il s'ensuit qu'il s'agit d'un contrat en vertu duquel un privilège peut naître. On ne demande pas à cette Cour en l'espèce de déterminer de quelle manière on devrait appliquer les dispositions de la *Mechanics' Lien Act* relatives aux retenues, si la Metropolitan n'avait pas agi à titre d'entrepreneur du projet, mais avait retenu les services d'un tiers à cette fin.

Je ne puis souscrire à la prétention que la Metropolitan ne faisait qu'emprunter de l'argent pour être en mesure de construire un immeuble qui lui appartiendrait et que l'intimée n'avancait pas des fonds pour que la Metropolitan lui construise un immeuble. Le titre de propriété de l'immeuble et les dispositions relatives au paiement du loyer vont à l'encontre de pareille prétention. N'est-ce pas nécessairement l'intimée qui est propriétaire de l'immeuble, sous réserve de la possession de la Metropolitan et de l'usage qu'elle peut en faire pendant une période limitée, étant donné qu'elle peut ainsi tirer un avantage pécuniaire du fait qu'elle était à l'origine propriétaire du terrain et du fait de son activité d'entrepreneur? Les lettres d'engagement sont très claires sur cette question, puisqu'elles associent l'obligation de construire l'immeuble à la cession à l'intimée du terrain sur lequel l'immeuble doit être construit et qu'elles prévoient que l'intimée financera la construction. Telle est l'essence de la totalité de l'entente, qui ne peut être masquée par l'aspect garantie de l'opération découlant d'une hypothèque sur le droit de tenure à bail. Je ne suis pas du tout convaincu que le caractère véritable de l'opération intervenue entre les parties peut être fondé sur la seule considération de l'hypothèque du droit de tenure à bail, comportant la disposition usuelle que toutes les

the mortgage by which the mortgagor acknowledges receipt of the entire sum of the proposed loan as consideration for the mortgage.

In view of the conclusions at which I have arrived, it is unnecessary to consider, for the purpose of determining the liability of the respondent to the appellant's lien claim, whether Metropolitan and the respondent were engaged in a joint venture. The question of personal liability of the respondent was not argued in this Court, nor was there any relief on this basis sought here by the appellant. It should be noted also that the issues put before the trial judge, as appears from his reasons, were limited to a claim for lien upon the land or upon the leasehold or in respect of the required holdback, and a claim to priority of the asserted lien over the mortgage. I am satisfied therefore that only the issue of liability to a lien claim was before this Court.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Nova Scotia Court of Appeal and in its place declare that the appellant is entitled to realize its lien claim out of the holdback fund which the respondent was obliged to keep available pursuant to s. 12. The appellants are entitled to their costs throughout.

Since this is a test case involving only one of seventeen lien claimants whose claims total \$207,387.91, and since it does not appear that the amount of the required holdback will be enough to satisfy all claims in full, they will have to be satisfied *pro rata*, so far as they are valid claims. I would therefore remit the case to the trial judge to have the amount of the holdback determined and the amount of the lien claims ascertained and pro-rated in relation to the holdback.

avances seront faites à la discrétion du créancier hypothécaire. Cette disposition ne reflète pas plus le caractère de l'entente que la disposition de l'hypothèque par laquelle le débiteur hypothécaire reconnaît avoir reçu la totalité de la somme du prêt proposé, en contrepartie de l'hypothèque qu'il accorde.

Étant donné les conclusions auxquelles j'arrive, il n'est pas nécessaire d'examiner, pour déterminer si l'intimée est responsable du privilège revendiqué par l'appelante, si la Metropolitan et l'intimée étaient engagées dans une opération conjointe. La question de la responsabilité personnelle de l'intimée n'a pas été débattue devant cette Cour, et l'appelante n'a pas demandé de redressement fondé sur cette responsabilité. Il y a lieu de signaler en outre que les questions soumises au juge de première instance, d'après ses motifs, étaient limitées à celle de l'existence d'un privilège sur le terrain ou sur le droit de tenure à bail ou relativement à la retenue obligatoire, et à celle de la priorité de ce privilège sur l'hypothèque. Je suis donc convaincu que cette Cour n'était saisie que de la question de la responsabilité face à la revendication de privilège.

Je suis d'avis de faire droit au pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et, en ses lieu et place, de déclarer que l'appelante a droit de faire acquitter sa créance privilégiée à même la retenue que l'intimée était obligée de faire conformément à l'art. 12. Les appelantes ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Comme il s'agit en l'espèce d'une cause-type mettant en jeu seulement un des dix-sept créanciers privilégiés, dont les créances s'élèvent au total à \$207,387.91, et comme il ne semble pas que le montant de la retenue suffira pour satisfaire intégralement à toutes les créances, celles-ci devront être acquittées proportionnellement, pour autant qu'il s'agisse de créances valides. Je suis donc d'avis de renvoyer l'affaire au juge de première instance qui déterminera le montant de la retenue et établira le montant des créances privilégiées et ensuite la proportion dans laquelle elles seront acquittées, en fonction du montant de la retenue.

The judgment of Martland and Judson J.J. was delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—This appeal is from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia, which reversed the judgment at trial, which had held, in an action upon a mechanics' lien by the appellant, hereinafter referred to as "Northern", against the respondent, hereinafter referred to as "Manufacturers", *inter alia*, that Northern held a valid lien against the reversionary interest of Manufacturers in the land which is described in Schedule "A" to the statement of claim, hereinafter referred to as "the land". Seventeen mechanics' liens had been filed against the land by various sub-contractors, of which Northern was one, for a total of \$207,387.91. The actions taken by the lien holders in respect of these liens were consolidated by a court order and the conduct of the consolidated action was given to Northern, whose action on a lien for \$3,810.85 was tried as a test case.

By a letter of commitment written on October 29, 1968, by Metropolitan Projects Limited, hereinafter referred to as "Metropolitan", to Manufacturers and accepted by the latter on November 8, 1968, Metropolitan agreed to sell the land to Manufacturers for a price of \$164,000. Manufacturers agreed to lease the land to Metropolitan for a term of 80 years. Manufacturers agreed to advance moneys to Metropolitan on the security of a first mortgage on Metropolitan's leasehold interest for an amount of \$786,000, at a rate of interest of 9% per annum. Disbursement of the loan moneys was to be in instalments in amounts determined by Manufacturers and its solicitors. The letter contained the following paragraph:

Description of Proposed Improvements

It is understood and agreed that we will construct one four storey apartment building with an aggregate of 82 suites, with one bachelor unit, 57 one bedroom units, and 28 two bedroom units. It is understood that each dwelling unit is to be supplied with an electric range and an electric refrigerator. The construction is to be in accordance with the preliminary plans and specifications in your possession. It is understood and agreed that final plans and specifications are to meet with your approval.

Le jugement des juges Martland et Judson a été rendu par

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, qui infirme le jugement de première instance. Ce dernier avait notamment statué, dans une action relative à un privilège de constructeur intentée par l'appelante, ci-après appelée la «Northern», contre l'intimée, ci-après appelée la «Manufacturers», que Northern était titulaire d'un privilège valide grevant le droit de réversion de la Manufacturers dans le terrain décrit à l'annexe «A» de la déclaration, ci-après appelé «le terrain». Dix-sept privilèges de constructeur ont été enregistrés contre le terrain par divers sous-traitants, dont la Northern, au montant total de \$207,387.91. Les actions instituées par les titulaires de privilèges ont été jointes par ordonnance de la cour et l'action sur privilège de la Northern, au montant de \$3,810.85, a servi de cause-type.

Dans une lettre datée du 29 octobre 1968, envoyée à la Manufacturers par la Metropolitan Projects Limited (ci-après appelée la «Metropolitan»), cette dernière s'engageait à lui vendre le terrain au prix de \$164,000; la Manufacturers a accepté cette offre le 8 novembre 1968 et elle a convenu de louer le terrain à la Metropolitan pour une période de 80 ans. Elle a en outre accepté d'avancer des fonds à la Metropolitan sur la garantie d'une première hypothèque sur le droit de tenure à bail de la Metropolitan; la somme avancée s'élevait à \$786,000, à un taux d'intérêt de 9 pour cent. La somme devait être remise à l'emprunteuse par versements dont la Manufacturers et ses avocats détermineraient les montants. Dans la lettre figurait le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] *Description des améliorations proposées*

Il est convenu que nous construirons un immeuble de quatre étages comprenant au total 82 appartements dont un studio, 57 deux pièces et 28 trois pièces. Il est entendu que chaque appartement sera équipé d'une cuisinière et d'un réfrigérateur électriques. La construction sera conforme aux plans et devis préliminaires qui sont en votre possession. Il est convenu que les plans et devis définitifs seront soumis à votre approbation.

On May 14, 1969, Manufacturers wrote a letter to Metropolitan, which it accepted on May 20, 1969, revising Manufacturers' commitment of October 29. This letter contained the following provisions:

Proposed Improvements

The proposed improvements will now consist of a six storey apartment building with an aggregate of 125 suites having 5 bachelor; 86 one bedroom; 33 two bedroom and 1 three bedroom apartment. Construction is to be in accordance with the preliminary plans and specifications in our possession. It is understood and agreed that final plans and specifications are to meet with our approval.

Construction has commenced and is to proceed with due diligence to final completion.

It provided for an increase in the amount of the mortgage to \$1,236,000 and for an interest rate of 9 ¼ per cent. Sufficient funds were to be withheld at all times to complete construction.

Pursuant to these agreements, Metropolitan conveyed the land to Manufacturers by deed dated February 7, 1969. A lease had been executed from Manufacturers to Metropolitan in accordance with the first letter of commitment. It was replaced by a lease dated June 1, 1969.

The lessee's covenants included the following commitment by Metropolitan:

The lessee shall construct and completely equip with all due diligence without cost or expense to the Lessor a Six Storey (6), one hundred and twenty-five (125) suite apartment building on the demised lands Construction of the said apartment building is to commence on or before the 1st day of June, A.D., 1969, and the said building shall be substantially completed and ready for use and occupancy on or before the 1st day of April, A.D., 1970, subject to delays due to Acts of God, strikes, lockouts, unavailability of materials or labour or other causes beyond the reasonable control of the Lessee.

The lease was for a term of 80 years and Metropolitan covenanted to pay to Manufacturers, as rental:

A. In any year in which gross receipts from rentals and other moneys received or receivable for

Le 14 mai 1969, la Manufacturers a fait parvenir par courrier à la Metropolitan une nouvelle proposition, apportant certaines modifications à l'engagement du 29 octobre; la Metropolitan a accepté une nouvelle proposition le 20 mai 1969. Dans la lettre figuraient les dispositions suivantes:

[TRADUCTION] *Améliorations proposées*

Les améliorations proposées consisteront maintenant dans un immeuble de six étages comprenant 125 appartements, soit 5 studios, 86 deux pièces, 33 trois pièces et 1 quatre pièces. La construction sera conforme aux plans et devis préliminaires qui sont en notre possession. Il est convenu que les plans et devis définitifs devront être soumis à notre approbation.

Les travaux de construction sont commencés et se poursuivront en toute diligence.

Cette seconde proposition portait le montant de l'hypothèque à \$1,236,000 et le taux d'intérêt à 9¼ p. cent. Il était en outre prévu que des fonds suffisants seraient retenus régulièrement pour permettre de terminer les travaux.

Conformément à ces accords, la Metropolitan a cédé le terrain à la Manufacturers par acte en date du 7 février 1969. Conformément à la première entente, la Manufacturers avait souscrit un bail en faveur de la Metropolitan. Ce dernier a été remplacé par un bail daté du 1^{er} juin 1969.

Les engagements souscrits par le preneur, la Metropolitan, étaient notamment les suivants:

[TRADUCTION] Le preneur construira et équipera complètement en toute diligence, sans frais pour le bailleur, un immeuble de six étages (6), comprenant cent vingt-cinq (125) appartements, sur le terrain cédé à bail La construction dudit immeuble doit commencer au plus tard le 1^{er} juin 1969 et ledit immeuble doit être terminé, pour la plus grande partie, et prêt à être occupé au plus tard le 1^{er} avril 1970, sous réserve de retards dus aux cas de force majeure, aux grèves, aux lock-outs, à l'impossibilité de se procurer les matériaux ou la main-d'œuvre nécessaire ou à d'autres causes hors du pouvoir normal du preneur.

La durée du bail était de 80 ans. La Metropolitan s'engageait à payer la Manufacturers, à titre de loyer:

A. Chaque année où les revenus bruts tirés des loyers et les autres sommes reçues ou à recevoir

the use and occupation of the demised lands and premises exceeded \$255,000, 10% of such excess.

B. In addition of a monthly rent, calculated as follows:

- (i) \$1,161.67 per month for the first 30 years of the lease;
- (ii) the greater of \$1,161.67 or one-twelfth of 8½% of the appraised value of the demised lands (excluding buildings or improvements thereon) as of May 31, 1999, to be payable for the next 20 years;
- (iii) the greater of the rental determined under sub-clause (ii) or one-twelfth of 8½% of the appraised value of the demised lands, excluding buildings or improvements thereon, as of May 31, 2019, to be payable for the remaining 30 years of the lease.

The lease contained the usual provisions for its termination on default by Metropolitan, including provision for termination by Manufacturers in the event of the bankruptcy of Metropolitan.

To secure Manufacturers' loan of \$1,236,000, Metropolitan mortgaged its leasehold interest in the form of a sub-lease dated as of June 1, 1969, to Manufacturers, for 80 years less one day at a rental of \$1 a year, if lawfully demanded. Interest at the rate of 9¼ per cent was to be paid on the mortgage moneys advanced from time to time, and after the "interest adjustment date" (May 1, 1970), principal and interest computed from that date were due and were to be paid in 30 years at \$10,013.36 a month (blended principal and interest). The advance of the mortgage moneys was in the sole discretion of Manufacturers. In fact, money was advanced as construction proceeded, with Manufacturers, on making each advance, holding back an amount sufficient to complete the building.

Construction had commenced in the fall of 1968, with Metropolitan itself doing the structural work and rough carpentry and sub-contracting the

pour l'usage et l'occupation des terrains et des locaux loués dépassent \$255,000, 10 p. cent de cet excédent.

B. En outre, un loyer mensuel, calculé de la façon suivante:

- (i) \$1,161.67 par mois pour les 30 premières années du bail;
- (ii) \$1,161.67 ou un douzième de 8½ p. cent de la valeur estimative des terrains cédés à bail (à l'exclusion des bâtiments ou des améliorations) au 31 mai 1999, selon celui de ces deux montants qui est le plus élevé, pour les vingt années suivantes;
- (iii) la redevance déterminée en vertu de l'al. (ii) ou un douzième de 8½ p. cent de la valeur estimative des terrains cédés à bail, à l'exclusion des bâtiments ou des améliorations, au 31 mai 2019, selon celui de ces deux montants qui est le plus élevé, pour les dernières années du bail.

Le bail contenait les dispositions usuelles prévoyant sa résiliation en cas de défaut par la Metropolitan, y compris une disposition prévoyant la résiliation du bail par la Manufacturers au cas où la Metropolitan ferait faillite.

Pour garantir le prêt de \$1,236,000 de la Manufacturers, la Metropolitan a hypothéqué son droit de tenure à bail en souscrivant en faveur de la Manufacturers un bail accessoire, en date du 1^{er} juin 1969, d'une durée de 80 ans moins un jour; le loyer prévu était de \$1 par année, payable s'il était légalement réclamé. L'intérêt, au taux de 9¼ p. cent, devait être versé sur les fonds avancés et, après «la date d'ajustement de l'intérêt» (le 1^{er} mai 1970), le principal et l'intérêt calculés à compter de cette date étaient dus et devaient être payés en 30 ans par versements mensuels de \$10,013.36 (paiement composé comprenant le principal et l'intérêt). Le rythme auquel les fonds seraient avancés relevait de la seule discrétion de la Manufacturers. En fait, les fonds ont été avancés au fur et à mesure des progrès des travaux, la Manufacturers retenant chaque fois une somme suffisante pour permettre de les terminer.

La construction a débuté à l'automne 1968; la Metropolitan s'est chargée du gros œuvre, de la charpente et de quelques travaux de menuiserie et

remainder of the work to the various sub-contractors. The branch manager of Manufacturers, in control of this project, visited the site approximately every two weeks to see that construction proceeded according to the plans and specifications submitted to Manufacturers. There was also an inspection of the construction each time an advance of mortgage money was requested.

On December 5, 1969, Metropolitan gave a second mortgage on its leasehold interest to one Samuel Stein to secure a loan of \$200,000.

On April 1, 1970, the first of the sub-contractors' mechanics' liens was registered against the property. Manufacturers advanced no further money on the mortgage after the filing of this lien. The last advance was made on February 20, 1970, bringing the total amount advanced to \$1,150,600 and leaving a balance of \$85,400, the amount held back as sufficient to complete construction.

A proposal made by Metropolitan under the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, and accepted by its creditors was approved by the Supreme Court of Nova Scotia on June 2, 1970. An attempt by Metropolitan to sell the property at a proposed fair value of \$1,816,000 failed. An assignment by Metropolitan of its leasehold interest to Sterling Realty Limited, a company formed by the lien holders, proved abortive as such an assignment required the consent of the lessor, Manufacturers, and this consent was not obtained.

By January 26, 1971, Metropolitan was in bankruptcy. The building was estimated at the time of the trial to be 90-95 per cent complete.

Following the filing of the liens, the second mortgage was foreclosed and the rights of Metropolitan were sold, on May 31, 1971, for \$205,500 to Turf Development Company Limited which in turn sold this interest to A. W. Garson and Saul Garson. (A. W. Garson was a director of Metropolitan.)

a fait faire le reste des travaux par divers sous-traitants. Le Directeur de la succursale locale de la Manufacturers, qui était chargé du projet, a visité le chantier toutes les deux semaines environ pour s'assurer que la construction avançait conformément aux plans et devis soumis à la Manufacturers. En outre, une inspection était faite à chaque demande d'avance de fonds.

Le 5 décembre 1969, la Metropolitan a consenti à un nommé Samuel Stein, en garantie d'un prêt de \$200,000 fait par celui-ci, une hypothèque de second rang sur son droit de tenure à bail.

Le 1^{er} avril 1970, le premier des privilèges de constructeur des sous-traitants a été enregistré contre la propriété. La Manufacturers n'a pas avancé d'autres fonds après l'enregistrement de ce privilège. La dernière avance de fonds avait été faite le 20 février 1970; elle portait le montant total avancé à \$1,150,600, laissant donc un solde de \$85,400, soit la retenue correspondant au coût des travaux restant à faire.

Une proposition faite par la Metropolitan en vertu de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, c. B-3, et acceptée par ses créanciers, a été approuvée par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse le 2 juin 1970. La Metropolitan a tenté sans succès de vendre la propriété à ce qu'on considérait sa juste valeur, soit \$1,816,000. La cession par la Metropolitan de son droit de tenure à bail à la Sterling Realty Limited, une compagnie formée par les titulaires de privilèges, a avorté du fait que le consentement du bailleur, Manufacturers, était nécessaire et a été refusé.

Le 26 janvier 1971, la Metropolitan était en faillite. Au moment du procès, on a estimé que 90 à 95 p. cent des travaux de construction avaient été exécutés.

Après l'enregistrement des revendications de privilèges, il y a eu forclusion de l'hypothèque de second rang et, le 31 mai 1971, les droits de la Metropolitan ont été vendus \$205,500 à la Turf Development Company Limited qui, à son tour, a vendu ces droits à A. W. Garson et Saul Garson. (A. W. Garson était un des administrateurs de la Metropolitan.)

In its statement of claim Northern asked for payment by Metropolitan and by Manufacturers of the amount of its claim, failing which, it sought the sale of their respective interests in the land. No formal judgment was entered following the trial, but the reasons for judgment disclose that the claim for payment against Metropolitan was dismissed because it was being pursued without the leave of the Bankruptcy Court. As previously pointed out, Metropolitan's leasehold interest in the land was sold in consequence of the foreclosure of the second mortgage upon that interest. The only parties to the present appeal are Northern and Manufacturers and the issue is as to whether Northern has a valid lien against the interest of Manufacturers in the land.

The right to a lien is defined in s. 5 of *The Mechanics' Lien Act*, R.S.N.S. 1967, c. 178, which provides:

5. Unless he signs an express agreement to the contrary and in that case subject to Section 3, any person who performs any work or service upon or in respect of, or places or furnishes any material to be used in the making, constructing, erecting, fitting, altering, improving, or repairing of any erection, building, railway, ship, vessel, land, wharf, pier, bulkhead, bridge, trestlework, vault, mine, well, excavation, fence, sidewalk, pavement, fountain, fishpond, drain, sewer, aqueduct, roadbed, way, fruit or ornamental trees, or the appurtenances to any of them, for any owner, contractor, or sub-contractor, shall by virtue thereof have a lien for the price of such work, service or materials upon the erection, building, railway, ship, vessel, land, wharf, pier, bulkhead, bridge, trestlework, vault, mine, well, excavation, fence, sidewalk, paving, fountain, fishpond, drain, sewer, aqueduct, roadbed, way, fruit or ornamental trees and appurtenances, and the land occupied thereby or enjoyed therewith or upon or in respect of which such work or service is performed, or upon which such materials are placed or furnished to be used, limited, however, in amount to the sum justly due to the person entitled to the lien and to the sum justly owing (except as herein provided) by the owner.

[The emphasis is my own.]

The work, service or materials in respect of which the lien is claimed must be performed for or provided for "any owner, contractor or sub-con-

Dans sa déclaration, la Northern a adressé sa demande de paiement à la Metropolitan et à la Manufacturers, à défaut de quoi elle demandait la vente des droits respectifs de ces compagnies dans le terrain. Il n'y a pas eu de jugement formel à l'issue du procès, mais les motifs de jugement révèlent qu'on a rejeté la demande visant la Metropolitan au motif qu'elle avait été instituée sans l'autorisation du tribunal de la faillite. Comme je l'ai déjà signalé, le droit de tenure à bail de la Metropolitan dans le terrain a été vendu par suite de la forclusion de l'hypothèque de second rang. Les seules parties au présent pourvoi sont la Northern et la Manufacturers et la question à trancher est de savoir si la Northern a un privilège valide grevant le droit de la Manufacturers dans le terrain.

Le droit à un privilège est défini à l'art. 5 de la *Mechanics' Lien Act*, R.S.N.S. 1967, c. 178, qui porte que:

[TRADUCTION] 5. Sauf s'il signe une convention expresse à l'effet contraire et, dans ce cas, sous réserve de l'article 3, quiconque effectue des travaux ou fournit des services à l'égard de la fabrication, la construction, l'érection, l'installation, la modification, l'amélioration ou la réparation d'une construction, d'un bâtiment, d'un chemin de fer, d'un bateau, d'un navire, d'un terrain, d'un quai, d'un embarcadère, d'une cloison, d'un pont, de chevalets, d'une voûte, d'une mine, d'un puits, d'une excavation, d'une clôture, d'un trottoir, d'une chaussée, d'une fontaine, d'un vivier, d'un drain, d'un égout, d'un aqueduc, de l'assiette d'une chaussée, d'un chemin, d'arbres fruitiers ou d'ornement, ou des accessoires de l'un ou l'autre des susdits, pour tout propriétaire, entrepreneur ou sous-traitant, ou place ou fournit des matériaux à cet égard, jouit à ce titre d'un privilège visant à assurer l'acquittement du prix de ces travaux, services ou matériaux, sur les susdits et leurs accessoires, et sur le terrain occupé par eux ou dont ils ont la jouissance ou à l'égard desquels ces travaux ou ces services ont été fournis, ou sur lesquels ces matériaux sont placés ou sont fournis pour y être utilisés, privilège dont le montant est toutefois limité à celui légalement dû au titulaire du privilège et à celui légalement dû (sauf ce qui est prévu ci-après) par le propriétaire.

[C'est moi qui souligne.]

Les travaux, services ou matériaux à l'égard desquels on prétend qu'il existe un privilège doivent avoir été exécutés ou fournis pour «tout pro-

tractor". In the present case the claim is for materials which were supplied by Northern to Metropolitan at Metropolitan's request.

"Contractor" is defined in s. 1(a) of the Act as follows:

(a) "contractor" means a person contracting with or employed directly by the owner or his agent for the doing of work or service or placing or furnishing materials for any of the purposes mentioned in this Act;

Metropolitan, therefore, to be a "contractor" under s. 5 would have to be a person contracting with "the owner", and this raises the question as to whether Manufacturers was an "owner". Similarly, to establish that the materials supplied by Northern were for the owner, it would likewise be necessary to show that Manufacturers was an owner.

The word "owner" is defined by s. 1(d) of the Act as follows:

(d) "owner" extends to any person, body corporate or politic, including a municipal corporation and a railway company, having any estate or interest in the land upon or in respect of which the work or service is done, or materials are placed or furnished, at whose request and

- (i) upon whose credit; or
- (ii) on whose behalf; or
- (iii) with whose privity and consent; or
- (iv) for whose direct benefit;

work, or service is performed or materials are placed or furnished, and all persons claiming under him or them whose rights are acquired after the work or service in respect of which the lien is claimed is commenced or the materials furnished have been commenced to be furnished;

Most of the argument before us was directed to the question as to whether, on the facts of this case, Manufacturers fell within that definition. It seems clear that Manufacturers had an "estate or interest in the land" because it was the owner in fee simple of the land. The next question is as to whether the materials were furnished at its "request". The Appeal Division held that they

priétaire, entrepreneur ou sous-traitant». En l'espèce, la revendication porte sur des matériaux qui ont été fournis par la Northern à la Metropolitan à la demande de cette dernière.

«Entrepreneur» est défini à l'al. 1a) de la Loi de la façon suivante:

[TRADUCTION] a) «entrepreneur» désigne une personne qui passe un contrat avec le propriétaire ou son représentant, ou que l'un ou l'autre de ces derniers emploie directement, pour exécuter des travaux ou fournir des services ou placer ou fournir des matériaux pour toutes fins mentionnées à la présente loi;

Par conséquent, pour que la Metropolitan soit un «entrepreneur» en vertu de l'art. 5, il faut qu'elle soit une personne qui passe un contrat avec «le propriétaire», et cela soulève la question de savoir si la Manufacturers était «propriétaire». De même, pour établir que la Northern a fourni des matériaux au propriétaire, il faut démontrer que la Manufacturers en est un.

Le mot «propriétaire» est défini à l'al. 1d) de la Loi de la façon suivante:

[TRADUCTION] d) «propriétaire» désigne toute personne physique ou morale, y compris une municipalité et une compagnie de chemin de fer, ayant un droit de tenure ou autre droit sur le bien-fonds sur lequel ou pour lequel les travaux ou les services sont faits ou rendus, ou les matériaux placés ou fournis, à sa demande et

- (i) sur la foi de son crédit,
- (ii) en son nom,
- (iii) avec son concours et consentement, ou
- (iv) à son profit personnel

et toutes les personnes qui revendiquent comme ses ou leurs ayants droit, dont les droits ont été acquis après le commencement des travaux ou des services ou de la fourniture des matériaux qui font l'objet d'une revendication de privilège;

Les plaidoiries devant nous ont presque entièrement porté sur la question de savoir si, compte tenu des faits de la présente affaire, la Manufacturers relève de cette définition. Il semble clair qu'elle avait un «droit de tenure ou autre droit sur le bien-fonds» puisqu'elle en avait la pleine propriété. On s'est ensuite demandé si les matériaux avaient été fournis «à la demande» de la Manufac-

were not so furnished. In so finding, the Appeal Division based its decision upon the judgment of the Court of Appeal for Manitoba in *Northern Electric Company Limited v. Frank Warkentin Electric Limited et al.*³ Counsel for Northern points out, however, that the meaning of the word "request" in the definition of the word "owner" was not considered in that case. He relies upon the judgment of Riddell J., speaking for the Court, in *Orr v. Robertson*⁴. In that case the defendant Tyrrell, the lessee of certain land, sublet it to the defendant Hyland. The latter agreed to build on the land according to plans to be approved by the former. Hyland entered into a contract with the plaintiff to do the building. The plaintiff claimed a lien against Tyrrell's interest in the land. At p. 148, Riddell J. said:

While, to render the interest of an owner liable, the building etc. must have been at his request, express or implied, there is no need that this request be made or expressed to the contractor—if the owner request another to build etc., and that other proceeds to build, by himself or by an independent contractor or in whatever manner, the building being in pursuance of the request, the statute is satisfied. The taking of a contract from Hyland to build is a request within the meaning of the statute.

Orr v. Robertson was cited with approval by Davies J., in his dissenting reasons in *Marshall Brick Company v. York Farmers Colonization Company*⁵, and appears to have been accepted by Anglin J., as he then was, who was one of the majority judges in that case, although he points out that Riddell J., in his judgment in the Appellate Division in the *Marshall* case, found that there had been no request made. Riddell J., in the *Marshall*⁶ case, at p. 550, states that it was not intended in the *Orr* case to lay down any general rule and stresses that each case must depend upon its own facts.

³ (1972), 27 D.L.R. (3d) 519.

⁴ (1915), 34 O.L.R. 147.

⁵ (1917), 54 S.C.R. 569.

⁶ (1916), 35 O.L.R. 542.

turers. La Division d'appel a répondu par la négative, fondant sa décision sur *Northern Electric Company Limited v. Frank Warkentin Electric Limited et al.*³, rendu par la Cour d'appel du Manitoba. L'avocat de la Northern signale toutefois que le sens du mot «demande» dans la définition du mot «propriétaire» n'a pas été examiné dans cette affaire. Il se fonde sur le jugement du juge Riddell, parlant au nom de la Cour, dans *Orr v. Robertson*⁴. Dans cette affaire, le défendeur Tyrrell, qui avait pris un certain terrain à bail, l'avait sous-loué au défendeur Hyland. Ce dernier s'était engagé à y construire un immeuble conforme à des plans que devait approuver Tyrrell. Hyland avait conclu un contrat avec le demandeur pour la construction de l'immeuble. Le demandeur s'était prétendu titulaire d'un privilège grevant le droit de tenure de Tyrrell sur le terrain. A la p. 148, le juge Riddell a déclaré:

[TRADUCTION] Si, pour que le privilège grève le droit de tenure du propriétaire, la construction etc. doit avoir été faite à la demande expresse ou tacite de celui-ci, il n'est pas nécessaire en revanche que cette demande soit faite ou exprimée à l'entrepreneur—si le propriétaire demande à un autre de construire etc. et que cet autre effectue lui-même les travaux ou les fait faire par un entrepreneur indépendant ou de toute autre façon, dans la mesure où les travaux sont conformes à la demande, les exigences de la loi sont satisfaites. Lorsque Hyland a donné à contrat les travaux de construction, il y a eu demande au sens de la Loi.

Le juge Davies a fait siennes les conclusions de *Orr v. Robertson* dans ses motifs en dissidence dans *Marshall Brick Company c. York Farmers Colonization Company*⁵; il semble en outre que le juge en chef Anglin, alors juge puîné, et qui était l'un des juges de la majorité dans cette affaire, ait accepté ces conclusions. Toutefois, il a fait remarquer qu'en Division d'appel dans *Marshall*, le juge Riddell avait conclu qu'il n'y avait pas eu de demande. Dans *Marshall*⁶, à la p. 550, le juge Riddell déclare qu'on n'avait pas prétendu énoncer une règle générale dans *Orr* et il souligne que chaque cas est un cas d'espèce.

³ (1972), 27 D.L.R. (3d) 519.

⁴ (1915), 34 O.L.R. 147.

⁵ (1917), 54 R.C.S. 569.

⁶ (1916), 35 O.L.R. 542.

In the present case the letter of commitment requires that Metropolitan should construct a building of a specified description on the land in accordance with the preliminary plans and specifications in Manufacturers' possession and that the final plans are to be approved by Manufacturers. The work was inspected by representatives of Manufacturers as it progressed. In my opinion the work was done at the request of Manufacturers within the meaning of s. 1(d) of the Act.

The next question is as to whether the work falls within any of subparas. (i) (ii), (iii) or (iv) of s. 1 (d). The work was not done by Metropolitan upon the credit of Manufacturers nor on its behalf. Metropolitan did the work and had work done by sub-contractors on its own credit and on its own behalf. Was the work done with the privity and consent of Manufacturers?

The authority on the interpretation of the words "privity and consent" is the judgment of Anglin J. in the *Marshall* case. In that case the York Company agreed to sell four lots in Toronto to Irving for \$2,400. He paid a small cash deposit and agreed to erect four houses according to plans furnished by York. York agreed to advance money for building purposes. When the houses were completed, a conveyance was to be made by York to Irving on payment of the balance of the purchase price. Irving became insolvent. Liens were filed by persons who had supplied labour and materials. The issue was as to whether York was an owner within the meaning of the *Mechanics' Lien Act* so as to make its interest in the land subject to the liens. The majority of this Court decided that York was not an owner as defined in the *Mechanics' Lien Act*.

The passage, frequently cited, from the judgment of Anglin J. is at p. 581 and reads as follows:

While it is difficult if not impossible to assign to each of the three words "request", "privity" and "consent" a meaning which will not to some extent overlap that of either of the others, after carefully reading all the authorities cited I accept as settled law the view enunciated in *Graham v. Williams*, 8 O.R. 478; 9 O.R. 458,

Dans la présente affaire, la Metropolitan s'était engagée à construire sur le terrain un immeuble, conformément aux plans et devis préliminaires que la Manufacturers avait en sa possession, sous réserve de l'approbation par celle-ci des plans définitifs. Des représentants de la Manufacturers faisaient l'inspection du chantier au fur et à mesure de l'avancement des travaux. A mon avis, les travaux ont été exécutés à la demande de la Manufacturers au sens de l'al. 1d) de la Loi.

La question suivante est de savoir si les travaux sont de ceux visés aux sous-al. (i), (ii), (iii) et (iv) de l'al. 1d). La Metropolitan n'a pas exécuté les travaux sur la foi du crédit de la Manufacturers ni au nom de celle-ci. La Metropolitan a fait les travaux et les a fait faire par des sous-traitants sur la foi de son propre crédit et en son propre nom. Les travaux ont-ils été exécutés avec le concours et le consentement de la Manufacturers?

Le jugement qui fait autorité sur la question de l'interprétation des mots «concours et consentement» est celui du juge Anglin dans *Marshall*. Dans cette affaire, la York Company avait convenu de vendre à Irving quatre lots situés à Toronto, au prix de \$2,400. Celui-ci a versé des arrhes et s'est engagé à construire quatre maisons conformes aux plans fournis par York, qui s'est engagée à avancer des fonds pour la construction. A la fin des travaux, York devait céder le tout à Irving lors du versement du solde du prix d'achat. Irving est devenu insolvable. Des revendications de privilèges ont été enregistrées par des personnes qui avaient travaillé au projet et qui avaient fourni des matériaux. Il s'agissait de savoir si York était propriétaire au sens de la *Mechanics' Lien Act*, de sorte que son droit de tenure sur le bien-fonds pouvait être grevé de privilèges. La majorité de cette Cour a statué que York n'était pas propriétaire au sens de la *Mechanics' Lien Act*.

On trouve à la p. 581 un extrait fréquemment cité du jugement du juge Anglin, que voici:

[TRADUCTION] Même s'il est difficile, sinon impossible, d'attribuer à chacun des trois mots «demande», «concours» et «consentement» un sens qui ne fasse pas dans une certaine mesure double emploi, après avoir attentivement examiné toute la jurisprudence citée, j'accepte comme étant de droit constant l'opinion exposée

and approved in *Gearing v. Robinson*, 27 Ont. App. R. 364, at page 371, that “privity and consent” involves

something in the nature of a direct dealing between the contractor and the persons whose interest is sought to be charged Mere knowledge of, or mere consent to, the work being done is not sufficient.

There is no evidence here of any direct dealing by the respondent company with the purchaser’s contractor such as is necessary to establish the “privity” requisite to constitute the respondent company an “owner” within the definition of the “Mechanics’ Lien Act”.

I construe this to mean that, in order for a sub-contractor to claim a lien on the basis that the person against whom the lien is claimed was privy to and consented to the work being done, it is necessary to show a direct dealing between that person and the contractor who carries out the work, through whom the sub-contractor claims. If there is such direct dealing, the Act does not contemplate that there must be a direct dealing between that person and the various sub-contractors in order to enable them to file valid liens.

The meaning of “privity or consent” was considered by Dickson, J.A., as he then was, in the *Warkentin* case on which the Appeal Division relied in the present case. That was a case in which a mortgage company financed the construction of an apartment complex, and, as here, the financing took the form of a conveyance of title to the land to the mortgage company, a leaseback, and a mortgage of the leasehold interest. The lessee-mortgagor arranged with a contractor to construct the building, from whom sub-contractors provided services and materials. Among other matters, the sub-contractors contended their liens applied to the title of the mortgage company. At p. 529, Dickson J.A. dealt with this matter in this way:

The question whether the interest of Canada Life as owner of the fee simple of Parcels B and C might be attached by mechanics’ liens was raised. The answer

dans *Graham v. Williams*, 8 O.R. 478; 9 O.R. 458, et approuvée dans *Gearing v. Robinson*, 27 Ont. App. R. 364, à la p. 371, selon laquelle la notion de «concours et consentement» suppose:

un élément de négociation directe entre l’entrepreneur et les personnes dont on veut grever le droit de tenure Le simple fait de savoir que les travaux s’effectuent ou d’y consentir ne suffit pas.

Rien n’indique en l’espèce qu’il y ait eu négociation directe entre la compagnie intimée et l’entrepreneur de l’acheteur, ce qui aurait été nécessaire pour établir le «concours» requis pour faire de la compagnie intimée un «propriétaire» au sens de la définition donnée de ce terme dans le «*Mechanics’ Lien Act*».

Selon mon interprétation de cet extrait, pour qu’un sous-traitant puisse revendiquer un privilège en se fondant sur le fait que la personne à l’encontre de laquelle il l’invoque a donné son concours et consentement aux travaux exécutés, il faut établir l’existence d’une négociation directe entre cette personne et l’entrepreneur qui a charge des travaux et qui se trouve à constituer le lien entre cette personne et le sous-traitant. Dans les cas où cela est établi, la Loi ne porte pas que les divers sous-traitants, pour pouvoir enregistrer des privilèges valides, doivent prouver qu’il y a eu négociation directe entre eux-mêmes et la personne susdite.

Le juge Dickson, alors juge d’appel, a examiné le sens des mots «concours et consentement» dans *Warkentin*, sur lequel la Division d’appel s’est fondée en l’espèce. Une société de prêts hypothécaires avait financé la construction d’un grand ensemble d’appartements et, comme dans la présente affaire, ce financement s’était fait par cession du titre de bien-fonds à la société de prêts, cession-bail et hypothèque sur le droit de tenure à bail. Le preneur-débiteur hypothécaire a fait construire l’immeuble par un entrepreneur, à qui des sous-traitants ont fourni des services et des matériaux. Les sous-traitants ont notamment soutenu que leurs privilèges grevaient le titre de la société de prêts hypothécaires sur le bien-fonds. A la p. 529, le juge Dickson a déclaré ce qui suit à ce propos:

[TRADUCTION] On a soulevé la question de savoir si les droits de la Canada Life à titre de propriétaire absolu des terrains B et C pouvaient être grevés par des

depends on whether Canada Life can be said to be an "owner" within s. 2(d) of the *Mechanics' Liens Act*. There is ample authority to support the proposition that in order to make Canada Life an "owner", because work was done with its "privity or consent", there must be something in the nature of direct dealing between Canada Life and the lien claimant: *Gearing v. Robinson* (1900), 27 O.A.R. 364; *Marshall Brick Co. v. York Farmers Colonization Co.* (1917), 36 D.L.R. 420, 54 S.C.R. 569; *Partridge v. Dunham*, (1932) 1 D.L.R. 600, (1932) 1 W.W.R. 99, 40 Man. R. 165; and more recently *MacDonald-Rowe Woodworking Co. Ltd. v. MacDonald* (1963), 39 D.L.R. (2d) 63, 49 M.P.R. 91. There is no evidence in the case before us of any such direct dealing, nothing to suggest that Canada Life exercised control in any respect over any subcontractor, supplier, or workman.

I do think that this passage was intended to state the proposition that, in a case where there had been direct dealing by a person having an interest in land with a general contractor for the performance of work on the land, it would be necessary, in order to establish "privity and consent", in a lien claim by a sub-contractor, who performs work or provides material at the request of the general contractor, that there should be required to be direct dealing by the person alleged to be the owner with the sub-contractor. The passage has to be read in the context of the facts of the case. It would appear that there had not been direct dealing by the lien claimant with the general contractor. In the *Marshall* case, which is cited in this passage, Anglin J. discussed the requirement in terms of direct dealing with the "purchaser's contractor" rather than with the lien claimant.

In the present case Metropolitan did not obtain the services of a contractor, but, instead, undertook the construction of the building itself. In a sense, it was its own contractor. It dealt directly with Manufacturers. It assumed an obligation to construct a building under its contract with that company. Inspections of the work were made from time to time by representatives of Manufacturers. Manufacturers had an interest in the construction of the building, since it was to be constructed on its land, would generate the funds required to pay

privileges de constructeur. Il faut pour cela déterminer si la Canada Life peut être considérée comme un «propriétaire» au sens de l'alinéa 2d) de *The Mechanics' Liens Act*. Il ressort nettement de la jurisprudence que, pour que la Canada Life soit considérée comme un «propriétaire» parce que les travaux ont été exécutés «avec son concours ou son consentement», il doit y avoir un élément de négociation directe entre la Canada Life et celui qui revendique le privilège: *Gearing v. Robinson* (1900), 27 O.A.R. 364; *Marshall Brick Co. c. York Farmers Colonization Co.* (1917), 36 D.L.R. 420, 54 R.C.S. 569; *Partridge v. Dunham*, (1932) 1 D.L.R. 600, (1932) 1 W.W.R. 99, 40 Man. R. 165; et plus récemment *MacDonald-Rowe Woodworking Co. Ltd. v. MacDonald* (1963), 39 D.L.R. (2d) 63, 49 M.P.R. 91. En l'espèce, aucune preuve soumise n'indique l'existence de cette négociation directe, rien ne laisse supposer que la Canada Life ait exercé de quelque façon que ce soit un contrôle sur l'un ou l'autre des sous-traitants, des fournisseurs ou des ouvriers.

Je ne pense pas qu'on doive lire dans cet extrait que, lorsqu'il y a eu négociation directe entre une personne ayant des droits sur un bien-fonds et un entrepreneur pour l'exécution de travaux sur ledit bien-fonds, il est nécessaire d'exiger la preuve d'une négociation directe entre la personne prétendument propriétaire et un sous-traitant pour établir «le concours et consentement», dans le cas de revendication de privilèges par un sous-traitant qui a exécuté des travaux ou fourni des matériaux à la demande de l'entrepreneur. Il faut interpréter cet extrait en fonction des faits de l'espèce. Il semble qu'il n'y avait pas eu de négociation directe entre le prétendu titulaire du privilège et l'entrepreneur. Dans *Marshall*, auquel renvoie l'extrait précité, le juge Anglin a parlé de négociation directe avec [TRADUCTION] «l'entrepreneur de l'acheteur» et non pas avec celui qui revendiquait le privilège.

En l'espèce, la Metropolitan n'a pas obtenu les services d'un entrepreneur, préférant se charger elle-même de la construction. En un sens, elle était son propre entrepreneur. Elle a négocié directement avec la Manufacturers. Elle a assumé l'obligation de construire un immeuble en vertu du contrat conclu avec cette compagnie. Les représentants de la Manufacturers ont régulièrement inspecté les travaux. La Manufacturers avait un intérêt dans la construction de l'immeuble, puisque celui-ci devait être construit sur son terrain et

the rentals due under the lease agreement and, it was anticipated, would provide for Manufacturers a share of the rentals derived from the leasing of the apartments by Metropolitan. Manufacturers did deal directly with the person for whom the sub-contractors performed services and provided materials. For these reasons it is my view that the work in question was done with the privity and consent of Manufacturers and, therefore, the work having been done at its request, Manufacturers was an "owner" within the meaning of s. 1(d) of the Act.

Having concluded that, in the circumstances of this case, Manufacturers is an owner within s. 1(d) of the Act, the next issue is as to whether Northern, under the provisions of the statute, has acquired a mechanics' lien which is enforceable against the interest of Manufacturers in the land. To determine this, it is necessary to consider the effect of s. 5 under which a mechanics' lien may be created. That section, as previously mentioned, gives a right of lien to any person performing work or service or furnishing material to be used in the various types of construction defined, which includes a building, "for any owner, contractor, or sub-contractor". It is clear that in this case the furnishing of material by Northern was for Metropolitan. It was not furnished for Manufacturers. Therefore, in so far as the phrase "for any owner" is concerned, as it was for Metropolitan that the material was furnished, Northern would have a lien as against Metropolitan's leasehold interest. Metropolitan, as lessee, was a person with an interest in the land, at whose request, on whose credit, and on whose behalf the materials were supplied.

To establish a lien as against Manufacturers, even though it be an owner, the materials not having been furnished for it, it is necessary for Northern to establish that the materials were furnished for Metropolitan as a "contractor" under contract with Manufacturers. This involves a consideration of the definition of "contractor" in s. 1(a), which has already been cited. In my opinion, on the facts of this case, Metropolitan does not fall within that definition. Metropolitan did contract with Manufacturers, under the letters of commit-

devoir servir à acquitter le loyer dû en vertu du bail. Selon les prévisions, il devait permettre à la Manufacturers de toucher une part du loyer tiré de la location des appartements par la Metropolitan. La Manufacturers a négocié directement avec la personne pour laquelle les sous-traitants ont exécuté des services et fourni des matériaux. Pour ces motifs, je suis d'avis que lesdits travaux ont été effectués avec le concours et consentement de la Manufacturers et que, par conséquent, les travaux ayant été faits à sa demande, la Manufacturers est un «propriétaire» au sens de l'al. 1d) de la Loi.

Dès lors, la question qui se pose est de savoir si la Northern, en vertu des dispositions de la Loi, est titulaire d'un privilège de constructeur grevant les droits de la Manufacturers sur le terrain. Pour trancher cette question, il est nécessaire d'examiner l'effet de l'art. 5 en vertu duquel peut être créé un privilège de constructeur. Cet article, comme je l'ai déjà dit, accorde un privilège à toute personne qui exécute des travaux ou des services ou fournit des matériaux devant être employés dans les divers types de construction définis audit article, y compris celle d'un immeuble, «pour tout propriétaire, entrepreneur ou sous-traitant». Il appert qu'en l'espèce c'est à la Metropolitan que la Northern a fourni des matériaux, et non à la Manufacturers. Si l'on s'en tient donc à l'expression «pour tout propriétaire», puisque les matériaux ont été fournis à la Metropolitan, la Northern aurait un privilège grevant le droit de tenure à bail de la Metropolitan. Celle-ci à titre de preneur est une personne ayant un droit sur le terrain, à la demande de laquelle, sur la foi du crédit de laquelle et au nom de laquelle les matériaux ont été fournis.

Les matériaux n'ont pas été fournis à la Manufacturers. Pour établir qu'il existe un privilège à l'encontre de cette dernière, même si elle est le propriétaire, la Northern doit prouver que les matériaux ont été fournis pour la Metropolitan à titre d'«entrepreneur» ayant conclu un contrat avec la Manufacturers. Cela nous oblige à examiner la définition du mot «entrepreneur» à l'al. 1a), déjà cité. A mon avis, étant donné les faits de la présente affaire, la Metropolitan ne répond pas à cette définition. La Metropolitan a conclu un con-

ment and the lease, that it would construct a building, but this was not a contract "for the doing of work or service or placing or furnishing materials". Those words are apt to describe a building contractor who undertakes to construct a building for another person. In the present case Metropolitan did not undertake to do the work of construction for Manufacturers. It contracted, as a condition of the loan, that a building would be constructed on the land, but it constructed that building, not as a contractor for Manufacturers, but for itself as owner of the leasehold interest. In my opinion, Metropolitan was not a contractor within s. 1(a), and, therefore, the materials supplied by Northern were furnished for Metropolitan as owner, and not as a contractor for Manufacturers. That being so, s. 5 does not give to Northern a lien as against the interest of Manufacturers in the land.

My opinion on this point is reinforced by the words appearing at the end of s. 5, which provide that, even in the case where a lien exists under that section, it is limited in amount "to the sum justly due to the person entitled to the lien and to the sum justly owing (except as herein provided) by the owner". Subject to the effect of the words in the brackets, this means that the owner is not to be made subject to a lien claim under s. 5 beyond the amount which he owes to his contractor in connection with the project. Manufacturers owed nothing to Metropolitan. Its commitment to that company was to advance funds by way of loan, secured by mortgage, and that commitment was performed in accordance with the terms of their agreement. It owed nothing to Northern, with which company it had no direct dealings.

In addition to the words at the end of s. 5, reference should also be made to ss. 10 and 11, which provide:

10. Save as herein otherwise provided, the lien shall not attach so as to make the owner liable for a greater

trat avec la Manufacturers, en vertu des engagements susdits et du bail, aux termes duquel elle s'engageait à construire un immeuble, mais il ne s'agissait pas d'un contrat «pour l'exécution de travaux ou de services ou la mise en place ou la fourniture de matériaux». Cette description s'applique à un entrepreneur en bâtiment qui s'engage à construire un immeuble pour une autre personne. En l'espèce, la Metropolitan ne s'est pas engagée à faire les travaux de construction pour la Manufacturers. Elle s'est engagée, son engagement étant une condition du prêt, à ce qu'un immeuble soit construit sur le terrain, mais elle l'a construit non à titre d'entrepreneur pour la Manufacturers, mais pour elle-même en qualité de propriétaire titulaire du droit de tenure à bail. A mon avis, la Metropolitan n'était pas un entrepreneur au sens de l'al. 1a), et, par conséquent, les matériaux fournis par la Northern étaient destinés à la Metropolitan, à titre de propriétaire et non pas en qualité d'entrepreneur pour la Manufacturers. Cela étant, l'art. 5 ne donne pas à la Northern un privilège grevant les droits de la Manufacturers sur le bien-fonds.

Mon opinion à cet égard est renforcée par la conclusion de l'art. 5. En effet, même dans le cas où un privilège existe en vertu de cet article, il est limité «au montant légalement dû au titulaire du privilège et à celui légalement dû (sauf ce qui est prévu ci-après) par le propriétaire». Sous réserve de l'effet des mots mis entre parenthèses, cela veut dire que le privilège que l'on cherche à faire établir à l'encontre du propriétaire en vertu de l'art. 5 ne peut dépasser quant à son montant ce que celui-ci doit à son entrepreneur relativement au projet. La Manufacturers ne devait rien à la Metropolitan. Son engagement envers cette compagnie consistait à avancer des fonds sous forme de prêt, garantis par hypothèque. Cet engagement a été exécuté conformément aux dispositions de l'accord conclu par les parties. La Manufacturers ne devait rien à la Northern, avec qui elle n'avait eu aucune négociation directe.

En plus de la conclusion de l'art. 5, il y a lieu de renvoyer aux art. 10 et 11, portant que:

[TRADUCTION] 10. Sauf disposition contraire de la présente loi, le privilège n'a pas pour effet de rendre le

sum than the sum payable by the owner to the contractor.

11. Save as herein otherwise provided, where the lien is claimed by any person other than the contractor the amount which may be claimed in respect thereof shall be limited to the amount owing to the contractor or sub-contractor or other person for whom the work or service has been done or the materials placed or furnished.

The qualifying words contained in ss. 5, 10 and 11 "except as herein provided" and "save as herein otherwise provided" can only relate to the provisions of s. 12, the relevant portions of which are as follows:

12. (1) In all cases the person primarily liable upon any contract under or by virtue of which a lien may arise shall, as the work is done or materials are furnished under the contract, deduct from any payments to be made by him in respect of the contract, and retain for a period of forty-five days after the completion or abandonment of the contract, twenty per cent of the value of the work, service and materials actually done, placed or furnished as mentioned in Section 5, and such value shall be calculated on the basis of the contract price, or if there is no specific contract price, then on the basis of the actual value of the work, service or materials.

(2) Where the contract price or actual value exceeds fifteen thousand dollars, the amount to be retained shall be fifteen per cent instead of twenty per cent.

(3) The lien shall be a charge upon the amount directed to be retained by this Section in favor of sub-contractors whose liens are derived under persons to whom such moneys so required to be retained are respectively payable.

Counsel for Northern contends that Manufacturers was obligated by this section to retain 15 per cent of the value of the work done, for the benefit of the sub-contractors. The question is as to whether s. 12 has any application to manufacturers in the circumstances of this case. The section applies to a person "primarily liable upon any contract under or by virtue of which a lien may arise". What is contemplated is a construction contract by a contractor to construct something for the owner and I have already expressed the opinion that Metropolitan was not a "contractor". The section goes on to provide that the person primari-

propriétaire redevable d'une somme supérieure à celle qu'il doit payer à l'entrepreneur.

11. Sauf disposition contraire de la présente loi, lorsqu'une personne autre que l'entrepreneur revendique le privilège, le montant ainsi revendiqué ne peut dépasser le montant dû à l'entrepreneur ou au sous-traitant ou à toute autre personne pour qui les travaux ou les services ont été exécutés ou les matériaux placés ou fournis.

Les dispositions limitatives que l'on retrouve aux art. 5, 10 et 11, à savoir «sauf disposition contraire de la présente loi», ne peuvent que viser les dispositions de l'art. 12, dont les parties pertinentes sont les suivantes:

[TRADUCTION] 12. (1) Dans tous les cas la personne liée au premier chef par un contrat en vertu duquel ou conformément auquel un privilège peut naître, doit, au fur et à mesure de l'exécution des travaux ou de la fourniture des matériaux en vertu du contrat, déduire de tous les paiements qu'elle doit effectuer en vertu de ce contrat et retenir pour une période de quarante-cinq jours après l'exécution du contrat ou l'abandon de l'entreprise, un montant égal à vingt pour cent de la valeur des travaux, des services et des matériaux réellement effectués, placés ou fournis visés à l'article 5, valeur qui est calculée sur la base du prix contractuel ou de la valeur réelle des travaux, des services ou des matériaux, si ce prix n'est pas fixé.

(2) Lorsque le prix contractuel ou la valeur réelle dépasse quinze mille dollars, le montant à retenir est de quinze pour cent au lieu de vingt pour cent.

(3) Le privilège constitue une charge grevant le montant dont le présent article prescrit la retenue en faveur des sous-traitants qui tirent leur privilège des personnes auxquelles ces sommes qui doivent être retenues sont respectivement payables.

L'avocat de la Northern prétend que cet article obligeait la Manufacturers à retenir 15 pour cent de la valeur des travaux effectués, au profit des sous-traitants. Ce qu'il s'agit de savoir, c'est si l'art. 12 s'applique à la Manufacturers dans les circonstances de la présente affaire. L'article vise une personne «liée au premier chef par un contrat en vertu duquel ou conformément auquel un privilège peut naître». Le cas prévu est celui d'un contrat de construction aux termes duquel un entrepreneur s'engage à construire quelque chose pour le propriétaire et j'ai déjà conclu que la Metropolitan n'était pas un «entrepreneur». L'arti-

ly liable shall "deduct from any payments to be made by him in respect of the contract". There were no payments which Manufacturers was required to make in respect of a construction contract. Manufacturers did not agree to pay Metropolitan to construct a building. It agreed to lend moneys to Metropolitan to enable it to construct its building. There were never any payments to be made by Manufacturers to Metropolitan to which s. 12 could apply.

In *Kosobuski v. Extension Mining Co. Ltd.*⁷, Orde J.A., in discussing the equivalent section of the Ontario Act, said:

... it seems clear that the whole section contemplates an obligation to pay either presently or at some future date something in money or money's worth from which the drawback may be "retained" by "the person primarily liable." If the contract is such that no liability to pay anything was ever incurred by the owner of the lands, there would seem to be nothing to which the lien of any subcontractor could attach.

Reference may also be made to the judgment of Master MacRae in *Canadian Cutting & Coring (Toronto) Ltd. v. Howson et al.*⁸.

In my opinion Northern's submission based upon s. 12 fails.

Northern's final submission is that Metropolitan and Manufacturers were engaged in a joint venture, so that each became the agent of the other in connection with the venture, and, therefore, the contracts made by Metropolitan with the sub-contractors became binding upon Manufacturers. Presumably the joint venture suggested consists of the construction and the operation of an apartment building.

Counsel for Northern, in his factum, has quoted passages from *Williston on Contracts*, 3rd ed., Vol. 2, dealing with the subject of joint ventures in s. 318, commencing at p. 544. In my opinion the answer to Northern's submission is to be found in the passage cited from p. 554:

⁷ (1929), 64 O.L.R. 8.

⁸ [1968] 2 O.R. 449.

cle porte ensuite que la personne tenue au premier chef doit faire une retenue sur «tous les paiements qu'elle doit effectuer en vertu de ce contrat». La Manufacturers n'était tenue de faire aucun paiement en vertu d'un contrat de construction. Elle ne s'est pas engagée à payer la Metropolitan pour construire un immeuble. Elle s'est engagée à prêter de l'argent à la Metropolitan pour lui permettre de construire son immeuble. La Manufacturers n'a jamais été tenue de verser à la Metropolitan des sommes auxquelles pouvait s'appliquer l'art. 12.

Dans *Kosobuski v. Extension Mining Co. Ltd.*⁷, le juge Orde, qui étudiait l'article correspondant dans la loi ontarienne, a déclaré:

[TRADUCTION] ... il semble clair que tout l'article prévoit le cas d'une obligation de verser immédiatement ou à quelque date future une somme d'argent ou quelque chose d'équivalent sur laquelle «la personne liée au premier chef» peut effectuer une «retenue». Si le contrat est rédigé d'une façon telle que le propriétaire des terrains n'a jamais eu l'obligation de payer quoi que ce soit, il semble n'y avoir rien que le privilège du sous-traitant puisse grever.

On a aussi renvoyé au jugement du Master MacRae dans *Canadian Cutting & Coring (Toronto) Ltd. v. Howson et al.*⁸

A mon avis, la prétention de la Northern fondée sur l'art. 12 ne peut être retenue.

En dernier lieu, la Northern prétend que la Metropolitan et la Manufacturers étaient engagées dans une opération conjointe, si bien que chacune est devenue l'agent de l'autre relativement à l'opération et que, par conséquent, les contrats conclus par la Metropolitan avec les sous-traitants liaient la Manufacturers. On peut supposer que la prétendue opération conjointe consistait dans la construction et l'exploitation d'un immeuble d'appartements.

L'avocat de la Northern, dans son factum, a cité des extraits de *Williston on Contracts*, 3^e éd., t. 2, traitant des opérations conjointes à l'art. 318 qui commence à la p. 544. A mon avis, la réponse à la prétention de la Northern se trouve dans un extrait de la p. 554:

⁷ (1929), 64 O.L.R. 8.

⁸ [1968] 2 O.R. 449.

It can be said that a joint adventure contemplates an enterprise jointly undertaken, that it is an association of such joint undertakers to carry out a single project for profit; that the profits are to be shared, as well as the losses, though the liability of a joint adventurer for a proportionate part of the losses or expenditures of the joint enterprise may be affected by the terms of the contract. There must be a contribution by the parties to a common undertaking to constitute a joint adventure; and a community of interest as well as some control over the subject matter or property right of the contract.

Whether the parties to a particular contract have thereby created as between themselves, the relation of joint adventurers or some other relation depends upon their actual intention, and such relationship arises only when they intend to associate themselves as such. This intention is to be determined in accordance with the ordinary rules governing the interpretation and construction of contracts.

The contracts made between Metropolitan and Manufacturers manifest no intention by the parties to become joint adventurers in a common enterprise. The relationship between them is that of borrower and lender. The agreements, consisting of the letters of commitment, the conveyance of title, the lease, and the mortgage of the leasehold interest were all made for the purpose of furnishing to Manufacturers the security which it required for its loan of money on a long term mortgage. They do not manifest any intention to participate in a joint enterprise.

For these reasons I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, MARTLAND and JUDSON JJ. dissenting.

Solicitor for the appellants: Harold F. Jackson, Halifax.

Solicitor for the respondent: Gordon S. Black, Halifax.

[TRANSLATION] On peut dire qu'une opération conjointe est une opération entreprise conjointement, que c'est une association d'entrepreneurs agissant conjointement pour exécuter un projet unique dans un but lucratif; qu'il y aura partage des profits aussi bien que des pertes. Toutefois, la responsabilité de chaque entrepreneur associé pour une part proportionnelle des pertes ou des dépenses de l'opération conjointe peut dépendre des termes du contrat. Il doit y avoir contribution des parties à une entreprise commune pour qu'il y ait opération conjointe; ainsi qu'une communauté d'intérêt de même qu'un certain contrôle sur l'objet du contrat ou les droits de propriété créés par celui-ci.

La question de savoir si les parties à un contrat donné ont créé une opération conjointe ou une autre sorte de lien entre elles, dépend de leur intention véritable et un lien de cette nature n'existe que si les parties entendaient s'associer à ce titre. Cette intention se détermine conformément aux règles ordinaires d'interprétation des contrats.

Il ne ressort des contrats conclus entre la Metropolitan et la Manufacturers aucune intention de créer une opération conjointe, avec les liens que cela implique. Leurs relations étaient plutôt celles de prêteur à emprunteur. Les engagements, à savoir les lettres échangées, la cession du terrain, le bail et l'hypothèque du droit de tenure à bail, ont tous été souscrits dans le but de fournir à la Manufacturers la garantie qu'elle exigeait pour consentir un prêt hypothécaire à long terme. Il n'en ressort aucune intention de la part des parties de participer à une opération conjointe.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges MARTLAND et JUDSON étant dissidents.

Procureur des appelants: Harold F. Jackson, Halifax.

Procureur de l'intimée: Gordon S. Black, Halifax.

Guyer Oil Company, Ltd., Golden Eagle Oil and Gas Limited and Husky Oil (Alberta) Ltd. (Plaintiffs) Appellants;

and

John M. Fulton and Gladstone Petroleum Ltd. (Defendants) Respondents.

1977: June 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Mines and minerals — Consulting engineer employed by oil companies — Confidential information acquired in course of work — Concurrent findings of fact giving rise to no liability.

APPEAL by plaintiffs from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan¹, affirming a judgment of Johnson J. dismissing plaintiffs' claim that an oil and gas lease by the defendant Gladstone Petroleum Ltd. was acquired by the defendant Fulton while under fiduciary obligations to the plaintiffs in circumstances which create a resulting trust of the lease in their favour. Appeal dismissed.

W. M. Elliott, Q.C., and M. A. Gerwing, for the plaintiffs, appellants.

E. J. Moss, Q.C., and S. Cameron, for the defendants, respondents.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you, Mr. Moss and Mr. Cameron. Apart from the issue of the admissibility of the evidence of Bilida offered in rebuttal, the concurrent findings of fact with which we would not interfere, do not give rise to liability on the part of the respondents under the principles of law invoked by the appellant. As to the proffered Bilida evidence, we are of the opinion that, in the circumstances of this case, the trial

¹ [1976] 5 W.W.R. 356.

Guyer Oil Company, Ltd., Golden Eagle Oil and Gas Limited et Husky Oil (Alberta) Ltd. (Demandereses) Appelantes;

et

John M. Fulton et Gladstone Petroleum Ltd. (Défendeurs) Intimés.

1977: le 1^{er} juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Mines et minéraux — Ingénieur-conseil employé par des compagnies pétrolières — Renseignements confidentiels recueillis au cours des travaux — Les conclusions concordantes sur les faits ne donnent naissance à aucune responsabilité.

POURVOI interjeté par les demandereses d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan¹, confirmant un jugement du juge Johnson rejetant la prétention des demandereses selon laquelle le défendeur Fulton a acquis de la défenderesse Gladstone Petroleum Ltd. une concession pétrolière alors que Fulton agissait pour le compte des demandereses dans des circonstances qui créaient par déduction une fiducie de la concession en leur faveur. Pourvoi rejeté.

W. M. Elliott, c.r., et M. A. Gerwing, pour les demandereses, appelantes.

E. J. Moss, c.r., et S. Cameron, pour les défendeurs, intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il n'est pas nécessaire de vous entendre M^e Moss et M^e Cameron. Indépendamment de la question de la recevabilité du témoignage de Bilida présenté aux fins de la réfutation, les conclusions concordantes sur les faits, que nous ne sommes pas prêts à modifier, ne mettent pas en jeu la responsabilité des intimés aux termes des principes juridiques invoqués par l'appelante. Quant au témoignage de Bilida, nous

¹ [1976] 5 W.W.R. 356.

judge did not err in excluding it when the appellant did not establish a basis in the cross-examination of John Fulton for adducing it in rebuttal.

In the result, the appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the plaintiffs, appellants: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the defendants, respondents: Balfour, Moss, Milliken, Laschuk, Kyle, Vancisse & Cameron, Regina.

sommes d'avis que, dans les présentes circonstances, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en le jugeant irrecevable puisque l'appelante n'a pas pu établir en contre-interrogant John Fulton que ce témoignage pouvait servir aux fins de la réfutation.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs des demandereses, appelantes: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs des défendeurs, intimés: Balfour, Moss, Milliken, Laschuk, Kyle, Vancisse & Cameron, Regina.

Montreal Trust Company, Robert Jack Stampleman and Arthur Howard Stampleman
ès qual. et al. (Plaintiffs) Appellants;

and

Canadian Pacific Airlines Ltd. (Defendant)
Respondent;

and

Dora Eileen Hallam et al. Intervenants.

1976: June 10 and 11; 1976: December 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Air law — Death of a passenger and loss of baggage — Clause limiting the liability of the carrier — Notice not in accordance with the requirements of the Hague Protocol — Carriage by Air Act, R.S.C. 1970, c. C-14, Schedule I (Warsaw Convention), Arts. 3 and 4 and Schedule III (Hague Protocol), Arts. 3(1)(c), 3(2), 4(1)(c) and 22.

As a result of the death of Joseph Irving Stampleman and the loss or destruction of his baggage in the crash of a Canadian Pacific Airlines Limited aircraft at Tokyo International Airport, appellants, the executor and the two sons of Stampleman, had commenced an action for damages. The *Hague Protocol* is recognized as the document governing the rights and liabilities of the parties since the round trip began and ended in Canada. The Superior Court held that the carrier was not entitled to limit its liability in case of death or loss of baggage. The Court of Appeal reversed this judgment, concluding that the ticket contained the notice required by Arts. 3 and 4 of the Protocol and that this notice was reasonably readable and comprehensible. Appellants therefore submit to the Court the following question of law: was defendant entitled to avail itself of the provisions of Art. 22 of the *Hague Protocol*, which limits its liability in case of death or loss of baggage?

Held (Judson, Martland and Pigeon JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

La compagnie Montreal Trust, Robert Jack Stampleman et Arthur Howard Stampleman
ès qual. et autres (Demandeurs) Appellants;

et

Lignes Aériennes Canadien Pacifique, Ltée
(Défenderesse) Intimée;

et

Dora Eileen Hallam et autres Intervenants.

1976: les 10 et 11 juin; 1976: le 20 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit aérien — Décès d'un passager et perte de bagages — Clause de limitation de responsabilité du transporteur — Avis non conforme aux exigences du protocole de la Haye — Loi sur le transport aérien, S.R.C. 1970, c. C-14, annexe 1 (Convention de Varsovie), art. 3, 4 et annexe III (Protocole de la Haye), art. 3(1)c, 3(2), 4(1)c, 22.

A la suite du décès de Joseph Irving Stampleman dans l'écrasement au sol d'un avion des Lignes Aériennes Canadien Pacifique, Limitée, à l'aéroport international de Tokyo et de la perte ou destruction de ses bagages, les appelants, l'exécuteur testamentaire et les deux fils de Stampleman avaient intenté une action en dommages-intérêts. Il est reconnu que ce sont les dispositions du *Protocole de la Haye* qui régissent les droits et obligations des parties puisque le voyage aller-retour commençait et se terminait au Canada. La Cour supérieure a statué que le transporteur n'était pas fondé à limiter sa responsabilité en cas de décès ou de perte de bagages. La Cour d'appel a infirmé ce jugement concluant que le billet contenait l'avis exigé par les art. 3 et 4 du Protocole et qu'il était raisonnablement lisible et compréhensible. Les appelants soumettent donc à la Cour la question de droit suivante: la défenderesse était-elle fondée à se prévaloir des dispositions de l'art. 22 du *Protocole de la Haye* qui limite sa responsabilité en cas de décès ou de perte de bagages?

Arrêt (les juges Judson, Martland et Pigeon étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Per Laskin C.J. and Ritchie, Spence and Dickson JJ.: The Court of Appeal was not justified in applying to the *Hague Protocol* the interpretation it had given to Arts. 3 and 4 of the *Warsaw Convention* in *Ludecke v. Canadian Pacific Airlines Limited*, [1974] C.A. 363. In so far as they concern the limitation of the carrier's liability, the Hague amendments are notable. The Convention simply required that the ticket carry a "statement" regarding this subject, whereas the Protocol provides that such a statement should take the form of a "notice". Moreover, in the absence of such a "notice" the carrier cannot avail himself of the limitation provisions in respect of either death or loss of baggage, whereas the Convention contained no such sanction in case of death except in the case of no passenger ticket having been delivered to the claimant.

The limitation on the liability of the carrier must be strictly construed and can only be invoked when the requirements of the law have been complied with. The Court of Appeal held in the *Ludecke* case that the requirement for a "statement" contained in Art. 3(2) of the Convention was met even if the statement was printed in four and a half point type and inconspicuously placed. When the amendments were made by the *Hague Protocol*, an entirely new Article was promulgated in which the carrier was required to print on the passenger ticket a "notice" the terms of which are expressly provided for. We are therefore dealing with two different requirements. The four and one half point type reproduction of the material required to be inscribed by Art. 3.(1)(c) of the Protocol is not a "notice" within the meaning of that Article. The carrier was accordingly not entitled to avail itself of the provisions limiting its liability.

Per Judson, Martland and Pigeon JJ., *dissenting*: The Court of Appeal was justified in dismissing the action since the ticket complied with the requirements of the *Warsaw Convention* as amended by the *Hague Protocol* and the notice that it contained was reasonably legible and comprehensible.

Ludecke v. Canadian Pacific Airlines Limited, [1974] C.A. 363; 53 D.L.R. (3d) 636, distinguished; *Mertens v. Flying Tiger Line Inc.* (1965), 341 Fed. Rep. (2d) 851; *Lisi v. Alitalia-Linee Aeree Italiane* (1966), 370 Fed. Rep. (2d) 508, referred to.

Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Spence et Dickson: La Cour d'appel n'était pas justifiée à appliquer au *Protocole de la Haye* l'interprétation qu'elle avait donnée aux art. 3 et 4 de la *Convention de Varsovie* dans l'arrêt *Ludecke c. Canadian Pacific Airlines Limited*, [1974] C.A. 363. Dans la mesure où elles concernent la limitation de responsabilité du transporteur, les modifications de la Haye sont importantes. La Convention exigeait seulement l'inscription sur le billet d'une «indication» à cet égard tandis que le Protocole stipule que cette indication doit prendre la forme d'un «avis». De plus, en l'absence d'un tel «avis», le transporteur ne peut se prévaloir des dispositions limitatives en cas de décès ou de perte de bagages, alors que la Convention ne prévoyait pas de telles sanctions en cas de décès, sauf si aucun billet de passage n'avait été remis à l'auteur de la réclamation.

La limitation de responsabilité du transporteur doit s'interpréter restrictivement et elle ne peut être invoquée que si on s'est conformé aux exigences de la loi. La Cour d'appel a statué dans l'arrêt *Ludecke* que l'exigence d'une «indication», tel que requise par l'art 3(2) de la Convention, était satisfaite même si elle était imprimée en caractères de quatre points et demi et qu'elle était présentée de façon à ne pas attirer l'attention. Le *Protocole de la Haye* a complètement modifié cet article en obligeant le transporteur à inscrire sur le billet de passage un «avis» dont le texte lui est expressément fourni. Il s'agit donc de deux exigences distinctes. La reproduction en caractères de quatre points et demi du texte dont l'art. 3.(1)c) du Protocole exige l'inclusion n'est pas un «avis» au sens de cet article. Par conséquent, le transporteur n'était pas fondé à se prévaloir des dispositions limitatives de responsabilité.

Les juges Judson, Martland et Pigeon *dissentants*: La Cour d'appel était justifiée de rejeter l'action car le billet était conforme aux exigences de la *Convention de Varsovie*, modifiée par le *Protocole de la Haye* et l'avis qu'il contenait était raisonnablement lisible et compréhensible.

Distinction faite avec l'arrêt: *Ludecke c. Canadian Pacific Airlines Limited*, [1974] C.A. 363; 53 D.L.R. (3d) 636; arrêts mentionnés: *Mertens v. Flying Tiger Line Inc.* (1965), 341 Fed. Rep. (2d) 851; *Lisi v. Alitalia-Linee Aeree Italiane* (1966), 370 Fed. Rep. (2d) 508.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec reversing the judgment of Challies J. of the Superior Court. Appeal allowed.

Peter Lack, for the appellants.

W. S. Tyndaken, Q.C., and Alastair Paterson, Q.C., for the respondent.

D. H. Jack, for the intervenor Dora Hallam.

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

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal of the Province of Quebec allowing an appeal from the judgment rendered at trial by Challies A.C.J., and declaring that Canadian Pacific Airlines Limited was entitled to limit its liability in accordance with the provisions of Art. 22 of the First Schedule of the *Act to Amend the Carriage by Air Act* (The Hague Protocol), 1963 (Can.) c. 33 with respect both to the death of the late Irving Joseph Stampleman and to the loss of his baggage as a result of the crash of one of the respondent's aircraft at Tokyo on March 4, 1966.

The appellants being the executor and the two surviving sons of the late Stampleman, commenced this action by writ of Summons and Declaration dated February 24, 1967 and submitted the following question of law for the decision of the Court in accordance with a joint statement of law and fact filed pursuant to art. 448 of the *Code of Civil Procedure*:

Question of Law

That this submission relates and applies solely and exclusively to the question of law as to whether, based upon the facts hereinabove set forth and the contents of the Exhibits forming part of the said facts, the Defendant is entitled to avail itself of the provisions of Art. 22 of the First Schedule of the aforesaid "Act to amend the Carriage by Air Act" (the Hague Protocol) which limits the liability of the Defendant

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec infirmant le jugement du juge Challies de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

Peter Lack, pour les appellants.

W. S. Tyndaken, c.r., et Alastair Paterson, c.r., pour l'intimée.

D. H. Jack, pour l'intervenante Dora Hallam.

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

LE JUGE RITCHIE—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de la province de Québec accueillant un appel d'un jugement rendu en première instance par le juge en chef adjoint Challies, et portant que la Compagnie Lignes Aériennes Canadien Pacifique, Limitée était fondée à limiter sa responsabilité conformément aux dispositions de l'art. 22 de la première annexe à la *Loi modifiant la Loi sur le transport aérien* (Protocole de la Haye), 1963 (Can.) c. 33, relativement au décès de Irving Joseph Stampleman et à la perte de ses bagages à la suite de l'écrasement d'un des avions de l'intimée, à Tokyo, le 4 mars 1966.

Les appelants sont l'exécuteur testamentaire et les deux fils de feu Stampleman. Ils ont intenté cette action par bref d'assignation et déclaration en date du 24 février 1967 et ont demandé à la Cour de trancher la question de droit suivante, conformément à un exposé conjoint du droit et des faits déposé en conformité de l'art. 448 du *Code de procédure civile*:

Question de droit

[TRADUCTION] Nous saisissons uniquement la Cour de la question de droit suivante: compte tenu des faits précités et de la teneur des pièces faisant partie desdits faits, la défenderesse est-elle fondée à se prévaloir des dispositions de l'art. 22 de la première annexe à la «Loi modifiant la Loi sur le transport aérien (Protocole de la Haye)», qui limite sa responsabilité à l'égard des demandeurs, relativement au montant des

towards Plaintiffs as to the amount of damages payable by Defendant to Plaintiffs as a result of the death of Joseph Irving Stampleman in the crash of Defendant's aircraft at Tokyo International Airport, Tokyo, Japan on March 4, 1966 and as a result of the loss or destruction of the registered baggage of the late Mr. Stampleman.

The rights and liabilities of the parties are governed by the *Carriage by Air Act*, R.S.C. 1970, c. C-14 which incorporates in the law of Canada the French text of the Warsaw Convention as amended at the Hague in 1955 (hereinafter referred to as "The Hague Protocol").

At the time of the crash Joseph Stampleman was travelling under a ticket issued by Air Canada on its own behalf and on behalf of successive carriers including the respondent. The ticket served as both passenger ticket and baggage check and the contemplated voyage was from Montreal to Vancouver to Hong Kong to Tokyo and return to Montreal. At the relevant time Canada, unlike the United Kingdom and Japan, was one of the high contracting parties to the Hague Protocol and it is the fact that the round trip began and ended in Canada which makes that the governing document.

The air ticket and baggage check in question are attached as exhibits to the agreed statement of facts and their contents are well summarized in the reasons for judgment of Mr. Justice Chailles where he says:

The ticket and baggage check Exhibits P-1 and P-2 (ticket No. 014491120008) issued to the deceased by Air Canada contains near the top "Subject to conditions of contract on page 2" which is readable with the naked eye and also in four and a half point type across the bottom the following reference to the Warsaw Convention: "If the passenger's journey involves an ultimate destination or stop in a country other than the country of departure, the Warsaw Convention may be applicable and the Convention governs and in most cases limits the liability of carriers for death or personal injury and in

dommages-intérêts payables par elle à ces derniers à la suite du décès de Joseph Irving Stampleman dans l'écrasement au sol d'un de ses avions, à l'aéroport international de Tokyo (Japon), le 4 mars 1966, et de la perte ou de la destruction des bagages enregistrés de feu M. Stampleman?

Les droits et obligations des parties sont régis par la *Loi sur le transport aérien*, S.R.C. 1970, c. C-14 qui incorpore dans le droit canadien le texte français de la Convention de Varsovie modifiée à la Haye en 1955 (ci-après appelé «Protocole de la Haye»).

Au moment de l'accident, Joseph Stampleman était muni d'un billet délivré par Air Canada pour son propre compte et pour celui des transporteurs successifs, y compris l'intimée. Le billet servait à la fois de billet de passage et de bulletin de bagages pour le voyage projeté de M. Stampleman, de Montréal à Tokyo, via Vancouver et Hong Kong, et retour. A l'époque en question, le Canada était l'une des hautes parties contractantes du Protocole de la Haye, ce qui n'était pas le cas du Royaume-Uni ni du Japon. Il est reconnu que les dispositions du Protocole s'appliquent en l'espèce parce que le voyage aller-retour commençait et se terminait au Canada.

Le billet de passage et le bulletin de bagages en question sont joints à titre de pièces à l'exposé conjoint des faits et leur teneur est bien décrite dans l'extrait suivant des motifs du juge Chailles:

[TRADUCTION] Au haut du billet de passage et bulletin de bagages, soit les pièces P-1 et P-2 (billet n° 014491120008), délivré au de cujus par Air Canada, on trouve la clause suivante «Soumis aux Conditions de Transport (Page 5)», qui se lit à l'œil nu, et au bas du billet en caractères de quatre points et demi, le renvoi suivant: «la Convention de Varsovie peut être applicable si le voyage du passager comporte une destination finale ou une escale dans un autre pays que le pays de départ. La Convention de Varsovie régit et, dans la plupart des cas, limite la responsabilité du transporteur en cas de

respect of loss of or damage to baggage'.

Less than a month before rendering judgment in the present case (i.e. December 31, 1971) Challies A.C.J., had decided the case of *Ludecke v. Canadian Pacific Airlines Limited*, S.C.M. 746 832, in the Superior Court. That case arose out of the death of a passenger in the same air crash as Stampleman and the agreed question of law there posed under art. 448 C.C.P. was similar in all respects to the question here at issue except that in the case of *Ludecke* it related to the defendant's right to limit its liability in accordance with the provisions of the Warsaw Convention whereas the present question is directed to the rights under the Hague Protocol amending that Convention.

In the *Ludecke* case Challies A.C.J. held that the statement in the air ticket in question that "carriage is subject to the rules and limitation in relation to liability established by the Convention" printed as it was in four and a half point type was not a "Statement" as required by Art. 4 of the Convention and that the carrier was therefore not entitled to limit its liability as to baggage but that it was covered by the limitation provision with respect to the limitation provision for loss of life because of the wording of Art. 3 of the Convention.

In the same case, Casey J.A., speaking for the Court of Appeal¹, found that the "statements" in four and a half point type in the ticket were reasonably readable and constituted compliance with the requirements of Arts. 3 and 4 of the Convention so as to entitle the carrier to limit its liability as to any baggage claim and the claim for loss of life.

This judgment was not rendered until 23 December, 1974. In the meantime, (i.e. 31 Decem-

¹ [1974] C.A. 363, 53 D.L.R. (3d) 636.

mort ou de lésions corporelles, ainsi qu'en cas de perte ou d'avarie de bagages».

Moins d'un mois avant de prononcer son jugement dans la présente affaire (c.-à-d. le 31 décembre 1971), le juge en chef adjoint Challies avait statué dans l'affaire *Ludecke c. Canadian Pacific Airlines Limited*, C.S.M. 746 832, en Cour supérieure. Cette affaire faisait suite au décès d'un voyageur dans le même accident que celui où a péri Stampleman et la question de droit posée d'un commun accord, en vertu de l'art. 448 du *Code de procédure civile*, était similaire à tous égards à celle posée dans la présente affaire, sauf que dans l'affaire *Ludecke*, la question portait sur le droit de la défenderesse de limiter sa responsabilité conformément aux dispositions de la Convention de Varsovie, alors que la présente question vise les droits en vertu du Protocole de la Haye modifiant cette Convention.

Dans l'affaire *Ludecke*, le juge en chef adjoint Challies a statué que la mention, dans le billet de passage, que «le transport est soumis aux règles et limitations de responsabilité édictées par la Convention», imprimée en caractères de quatre points et demi, n'était pas une «indication» au sens de l'art. 4 de la Convention et que le transporteur n'était donc pas fondé à limiter sa responsabilité relative aux bagages, mais qu'il était couvert par la disposition limitative de responsabilité en cas de décès, en raison du libellé de l'Art. 3 de la Convention.

Dans la même affaire, le juge d'appel Casey, porte-parole de la Cour d'appel¹, a statué que les «indications» en caractères de quatre points et demi figurant sur le billet étaient raisonnablement lisibles et conformes aux exigences des art. 3 et 4 de la Convention, et que le transporteur était fondé à limiter sa responsabilité en cas de perte de bagages et de décès.

Ce jugement n'a été prononcé que le 23 décembre 1974. Entre-temps (c.-à-d. le 31 décembre

¹ [1974] C.A. 363, 53 D.L.R. (3d) 636.

ber 1971) *Challies C.J.A.*, rendered a judgment for the Superior Court in the present case in which he recognized the difference in wording between Arts. 3 and 4 of the Convention which governed the *Ludecke* case and those articles as they had been amended by the Hague Protocol which governed here, but nevertheless stated that "for the reasons given by the undersigned in *Ludecke v. C.P.A.*", the carrier was not entitled to limit its liability as to either loss of life or loss of baggage.

In reversing this judgment, Casey J.A. speaking on behalf of the Court of Appeal, concluded by saying of the Hague Protocol:

There are only two questions involved—did the ticket include the notice required by articles 3.1(c) and 4.1(c) and was this notice reasonably legible and comprehensible. As in the case of *Ludecke* my answer to both questions is yes and for this reason I would maintain this appeal.

In my view the answer to the question raised by this appeal must depend upon whether or not the Court of Appeal was justified in relying upon its own interpretation of Art. 3 and 4 of the Convention in deciding a case which is governed by the same articles as amended by the Hague Protocol. The determination of this issue requires a consideration of the terms of these articles which provide:

WARSAW CONVENTION

Article 3

(1) For the carriage of passengers the carrier must deliver a passenger ticket which shall contain the following particulars:

(c) a statement that the carriage is subject to the rules relating to liability established by this Convention.

HAGUE PROTOCOL

Article 3

(1) In respect of the carriage of passengers a ticket shall be delivered containing:

(c) a notice to the effect that, if the passenger's journey involves an ultimate destination or stop in a country other than the country of departure, the

1971) le juge en chef adjoint *Challies* a rendu dans la présente affaire le jugement de la Cour supérieure. Il y note la différence entre la rédaction des Art. 3 et 4 de la Convention, qui régissent l'affaire *Ludecke*, et celle des articles modifiés par le Protocole de la Haye, qui s'appliquent en l'espèce. Il déclare toutefois que [TRADUCTION] «pour les motifs donnés par le soussigné dans *Ludecke v. C.P.A.*», le transporteur n'est pas fondé à limiter sa responsabilité en cas de mort ou de perte de bagages.

Le juge Casey a infirmé ce jugement. Parlant au nom de la Cour d'appel, il a conclu par les remarques suivantes sur le Protocole de la Haye:

[TRADUCTION] Deux questions seulement se posent—le billet contenait-il l'avis exigé par les art. 3.1(c) et 4.1(c) et cet avis était-il raisonnablement lisible et compréhensible? Comme dans l'affaire *Ludecke*, ma réponse à ces deux questions est affirmative et, pour cette raison, je suis d'avis de faire droit à l'appel.

A mon avis, la réponse à la question soulevée par le présent pourvoi sera affirmative ou négative selon que la Cour d'appel est ou non justifiée à se fonder sur sa propre interprétation des art. 3 et 4 de la Convention pour trancher une affaire où s'appliquent ces mêmes articles, mais modifiés par le Protocole de la Haye. Pour trancher cette question, il y a lieu d'examiner le texte de ces articles, que voici:

CONVENTION DE VARSOVIE

Article 3

(1) Dans le transport de voyageurs, le transporteur est tenu de délivrer un billet de passage qui doit contenir les mentions suivantes:

e) l'indication que le transport est soumis au régime de la responsabilité établi par la présente Convention.

PROTOCOLE DE LA HAYE

Article 3

(1) Dans le transport de passagers, un billet de passage doit être délivré, contenant:

c) un avis indiquant que si les passagers entreprennent un voyage comportant une destination finale ou une escale dans un pays autre que le pays de départ, leur

(2) The absence, irregularity or loss of the passenger ticket does not affect the existence or the validity of the contract of carriage, which shall none the less be subject to the rules of this Convention. Nevertheless, if the carrier accepts a passenger without a passenger ticket having been delivered he shall not be entitled to avail himself of those provisions of this Convention which exclude or limit his liability.

Article 4

(1) For the carriage of baggage, other than small personal objects of which the passenger takes charge himself, the carrier must deliver a baggage check.

(3) The baggage check shall contain the following particulars:

(h) a statement that the carriage is subject to the rules relating to liability established by this Convention.

(4) The absence, irregularity or loss of the baggage does not affect the existence or the validity of the contract of carriage, which shall nonetheless be subject to the rules of the Convention. Nevertheless if the carrier accepts baggage without a baggage check having been delivered, or if the check does not contain the particulars set out in . . . and (h) above, the carrier shall not be entitled to avail itself

Warsaw Convention may be applicable and that the Convention governs and in most cases limits the liability of carriers for death or personal injury and in respect of loss of or damage to baggage.

(2) The passenger ticket shall constitute prima facie evidence of the Conclusion and conditions of the contract of carriage. The absence, irregularity or loss of the passenger ticket does not affect the existence or the validity of the contract of carriage which shall, none the less, be subject to the rules of this Convention. Nevertheless, if, with the consent of the carrier, the passenger embarks without a passenger ticket having been delivered, or if the ticket does not include the notice required by paragraph (c) of this article, the carrier shall not be entitled to avail himself of the provisions of Article 22.

Article 4 (the relevant portions of which read):

(1) In respect of the carriage of registered baggage, a baggage check shall be delivered, which, unless combined with or incorporated in a passenger ticket which complies with the provisions of Article 3, paragraph (1) shall contain: . . .

(c) a notice to the effect that if the carriage involves an ultimate destination or

(2) L'absence, l'irrégularité ou la perte du billet n'affecte ni l'existence, ni la validité du contrat de transport, qui n'en sera pas moins soumis aux règles de la présente Convention. Toutefois si le transporteur accepte le voyageur sans qu'il ait été délivré un billet de passage, il n'aura pas le droit de se prévaloir des dispositions de cette Convention qui excluent ou limitent sa responsabilité.

Article 4

(1) Dans le transport de bagages, autres que les menus objets personnels dont le voyageur conserve la garde, le transporteur est tenu de délivrer un bulletin de bagages.

(3) Il doit contenir les mentions suivantes:

h) l'indication que le transport est soumis au régime de la responsabilité établi par la présente Convention.

(4) L'absence, l'irrégularité ou la perte du bulletin n'affecte ni l'existence, ni la validité du contrat de transport qui n'en sera pas moins soumis aux règles de la présente Convention. Toutefois si le transporteur accepte les bagages sans qu'il ait été délivré un bulletin ou si le bulletin ne contient pas les mentions indiquées sous les lettres d), f), h), le transporteur n'aura pas le droit de se pré-

transport peut être régi par la Convention de Varsovie qui, en général, limite la responsabilité du transporteur en cas de mort ou de lésion corporelle, ainsi qu'en cas de perte ou d'avarie des bagages.

(2) Le billet de passage fait foi, jusqu'à preuve contraire, de la conclusion et des conditions du contrat de transport. L'absence, l'irrégularité ou la perte du billet n'affecte ni l'existence ni la validité du contrat de transport, qui n'en sera pas moins soumis aux règles de la présente Convention. Toutefois, si, du consentement du transporteur, le passager s'embarque sans qu'un billet de passage ait été délivré, ou si le billet ne comporte pas l'avis prescrit à l'alinéa 1c) du présent article, le transporteur n'aura pas le droit de se prévaloir des dispositions de l'article 22.

Article 4 (extraits pertinents):

(1) Dans le transport de bagages enregistrés, un bulletin de bagages doit être délivré qui, s'il n'est pas combiné avec un billet de passage conforme aux dispositions de l'article 3, alinéa 1^{er}, ou n'est pas inclus dans un tel billet, doit contenir: . . .

c) un avis indiquant que, si le transport comporte une destination finale ou une

of those provisions of the Convention which exclude or limit its liability.

stop in a country other than the country of departure, the Warsaw Convention may be applicable and that the Convention governs and in most cases limits the liability of carriers in respect of loss of or damage to baggage.

valoir des dispositions de cette Convention qui excluent ou limitent sa responsabilité.

escale dans un pays autre que le pays de départ, il peut être régi par la Convention de Varsovie qui, en général, limite la responsabilité du transporteur en cas de perte ou d'avarie des bagages.

(The underlined is my own).

(C'est moi qui souligne).

The Hague amendments, insofar as they affect the present issue, are notable for the fact that (1) the Convention simply required the inclusion in the ticket of "a statement" relating to the limitation of the liability of the carrier as established by the Convention, whereas the amendment provided that such a statement should take the form of a "notice" and (2) that the amendment provided that in the absence of a "notice" the carrier is not entitled to avail himself of the limitation provisions in respect either of death or loss of baggage, whereas the Convention contains no such sanction with respect to claims for loss of life except in the case of no passenger ticket "having been delivered" to the claimant.

In holding that the company was not entitled to limit its liability for loss of the baggage in the *Ludecke* case, Challies A.C.J. relied heavily on a number of American authorities to the effect that the "statement" in the ticket required by the Convention must be in such form as to afford the passenger "a reasonable opportunity to take self-protective" measures to compensate himself for the limitation on his rights which Art. 22 creates in favour of the carrier.

The cases of *Mertens v. Flying Tiger Line Inc.*² and *Lisi v. Alitalia-Linee Aeree Italiane*³ are cited with approval by Mr. Justice Challies. In the latter case, McMahon D.J., speaking of a ticket containing the required "statement" in the same print as that in the present case, described it as "virtually

Dans la mesure où elles ont trait à la présente affaire, les modifications de la Haye sont importantes: (1) la Convention, qui établit la limitation de la responsabilité du transporteur, exige seulement l'inclusion dans le billet d'une «indication» à cet égard alors qu'aux termes de la modification, cette indication doit prendre la forme d'un «avis»; (2) la modification porte qu'en l'absence d'un «avis», le transporteur n'a pas le droit de se prévaloir des dispositions limitatives en cas de décès ou de perte de bagages, alors que la Convention ne prévoit pas de telles sanctions pour les réclamations faisant suite à un décès, sauf dans le cas où aucun billet de passage n'a été délivré à l'auteur de la réclamation.

Dans l'arrêt *Ludecke*, pour arriver à la conclusion que la compagnie ne pouvait pas limiter sa responsabilité en cas de perte de bagages, le juge Challies s'est fortement appuyé sur plusieurs arrêts américains où il a été décidé que «l'indication» dans le billet, exigée par la Convention, devait y figurer sous une forme telle que le voyageur ait [TRADUCTION] «une occasion raisonnable de prendre les mesures nécessaires pour se protéger» des effets de la limitation de ses droits au profit du transporteur, prévue par l'art. 22.

Le juge Challies cite, en les approuvant, les arrêts *Mertens v. Flying Tiger Line Inc.*² et *Lisi v. Alitalia-Linee Aeree Italiane*³. Dans cette dernière affaire, le juge de district McMahon, qui parlait d'un billet contenant «l'indication» exigée, imprimée dans les mêmes caractères qu'en l'espèce, la

² (1965), 341 Fed. Rep. (2d) 851.

³ (1966), 370 Fed. Rep. (2d) 508.

² (1965), 341 Fed. Rep. (2d) 851.

³ (1966), 370 Fed. Rep. (2d) 508.

invisible” and also as “diminutively sized and unemphasized by bold face type, contrasting colour, or anything else”.

In allowing the appeal in the *Ludecke* case, Casey J.A., declined to follow the American authorities, saying:

What I cannot concede is that we must accept the decisions cited by Appellant as establishing the standards by which the legibility of this ‘statement’ must be judged. My view is that on this matter of fact the Convention should contain its own criteria. Since it doesn’t I see no reason why we should treat this case differently from the others that come before this Court. Proceeding from this premise and having examined the relevant documents I conclude that the Carrier did print these ‘statements’ in reasonably readable type.

I think it must be understood that limitation on the liability of the carrier created by Art. 22 of the Convention in both its original and its amended form constitutes an encroachment on the rights of the individual passenger and as such it is to be strictly construed and can only be invoked when the requirements of the Article have been exactly complied with.

The effect of Art. 3(2) of the Convention was to empower carriers to limit their liability to passengers by the simple process of delivering a ticket containing a “statement that the carriage is subject to the rules relating to liability established by the Convention” and the Court of Appeal has held in the *Ludecke* case that this requirement is met even when the “statement” is inconspicuously placed and in four and a half point type. When the amendments were made by the Hague Protocol of 1955, an entirely new Art. 3(2) was promulgated in which the requirement of a mere “statement” was deleted and the more elaborate provisions of the Protocol were substituted therefor. Under the amended Art. 3(1)(c), the carrier is not only required to insert a “notice” but the terms of the notice are expressly provided for.

I do not think it can be assumed that the draftsmen of the Hague Protocol made the extensive changes which they did in Art. 3 without

décrivait comme [TRADUCTION] «pratiquement invisible» et «imprimée en caractères minuscules, sans rien pour attirer l’attention, comme par exemple des caractères gras ou une couleur contrastante».

Le juge Casey a refusé de suivre la jurisprudence américaine et a fait droit à l’appel dans l’affaire *Ludecke*. Il a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] Je ne peux admettre que les décisions citées par l’appelante nous imposent les normes selon lesquelles il faut juger la lisibilité de «l’indication». Selon moi, sur cette question de fait, la Convention devrait énoncer ses propres critères. Comme elle ne le fait pas, je ne vois pas pourquoi il faudrait traiter cette affaire de façon différente de celles dont est saisie la Cour. Partant de ce principe et après avoir examiné les documents pertinents, je conclus que le transporteur a fait imprimer ces «indications» en caractères raisonnablement lisibles.

Il faut bien comprendre que la limitation de la responsabilité du transporteur prévue à l’art. 22 de la Convention, tant dans son texte original que dans sa forme modifiée, constitue un empiétement sur les droits du voyageur. A ce titre, elle doit s’interpréter strictement et ne peut être invoquée que si l’on s’est scrupuleusement conformé aux exigences de l’article.

L’effet du par. (2) de l’art. 3 de la Convention était de permettre aux transporteurs de limiter leur responsabilité envers les voyageurs en émettant simplement un billet où figurait «l’indication que le transport [était] soumis au régime de la responsabilité établi par la Convention» et la Cour d’appel a statué dans l’arrêt *Ludecke* que cette exigence était satisfaite même si «l’indication» était placée de façon à ne pas attirer l’attention et imprimée en caractères de quatre points et demi. Le Protocole de la Haye en 1955 a totalement changé le par. (2) de l’art. 3, en remplaçant l’exigence d’une simple «indication» par des dispositions plus complètes. Aux termes du nouvel al. c) du par. (1) de l’art. 3, le transporteur est tenu d’insérer un «avis» dont le texte lui est expressément fourni.

Je ne pense pas qu’on puisse supposer que les rédacteurs du Protocole de la Haye ont apporté ces modifications importantes à l’art. 3 sans d’abord

weighing the words which they employed with some care and I cannot accept the suggestion that the substitution of the word "notice" for "statement" in Arts. 3 and 4 was meaningless or ineffective. The French text of the Protocol governs its construction in case of any doubt and it was argued that the word "*avis*" bears a somewhat stronger meaning than "notice", but I do not need to base any conclusion on that argument as I am satisfied that both "a notice" or "*un avis*" mean at least something which is in a form calculated to attract attention.

As I have pointed out, Mr. Justice Casey in the course of his reasons for judgment in the *Ludecke* case, indicated his view "that on the matters of fact as to whether the 'statement' was sufficiently legible the Convention should contain its own criteria" and he considered that it did not do so. Had he been considering Art. 3(1)(c) of the Protocol, the learned judge might have reached a different conclusion as it appears to me that that Article does contain its own criteria, namely that the statement shall be in such form as to constitute a "notice". Even if it were accepted that the four and one half point type in which the requisite notice is reproduced at the foot of the first page of the ticket is reasonably readable it cannot, in my view, be described as noticeable and it is not in a form which would attract the attention of the passenger in contradistinction to all the other material printed in the same type on the ticket. In relation to a claim for loss of life, Art. 3(1) of the Convention, as I have said, merely required "a statement" and furthermore under that Article the absence of that "statement" did not preclude the carrier from limiting its liability provided that the ticket was "delivered". The amended Article as contained in the Protocol not only requires a "notice" but the absence of such "notice" denies the carrier the benefit of Art. 22. The "notice" required by the Protocol and the statement required by the Convention are therefore two completely different requirements with radically different effect and with the greatest respect I think that the Court of Appeal erred in applying the reasoning which had been used in the *Ludecke* case in interpreting the Convention to the interpretation of the Protocol in the present case.

peser avec soin les mots qu'ils employaient et je ne puis admettre que la substitution du mot «avis» au mot «indication» aux art. 3 et 4 soit dénuée de sens ou inutile. En cas de problème d'interprétation, c'est le texte français du Protocole qui fait foi et l'on a prétendu que le mot «avis» a un sens plus fort que le mot «notice». Toutefois je ne fonde pas ma conclusion sur cet argument, car je suis convaincu que les expressions «a notice» et «un avis» désignent une mention présentée de manière à attirer l'attention.

Comme je l'ai signalé, M. le juge Casey, dans ses motifs de jugement dans *Ludecke*, s'est dit d'avis que [TRADUCTION] «sur cette question de fait [la lisibilité de l'indication], la Convention devrait énoncer ses propres critères» et il s'est dit d'avis qu'elle ne le fait pas. S'il avait examiné l'al. c) du par. (1) de l'art. 3 du Protocole, le savant juge serait peut-être arrivé à une conclusion différente, car il me semble que l'article énonce effectivement ses propres critères, à savoir, que l'indication doit prendre la forme d'un «avis». En admettant que les caractères de quatre points et demi dans lesquels est reproduit l'avis exigé au bas de la première page du billet sont raisonnablement lisibles, on ne peut dire, à mon avis, qu'ils attirent l'attention et se distinguent du reste du texte imprimé dans ces mêmes caractères. Pour une réclamation faisant suite à un décès, le par. (1) de l'art. 3 de la Convention, comme je l'ai dit, exige seulement une «indication» et cet article prévoit en outre que l'absence de cette «indication» n'empêche pas le transporteur de limiter sa responsabilité, dès lors qu'un billet a été «délivré». L'article modifié figurant au Protocole exige non seulement un «avis», mais prévoit aussi qu'en l'absence de cet «avis», le transporteur ne peut se prévaloir des dispositions de l'art. 22. L'«avis» requis par le Protocole et l'indication requise par la Convention sont donc deux exigences distinctes dont l'effet est radicalement différent et, avec égards, je suis d'avis que la Cour d'appel s'est trompée en appliquant à l'interprétation du Protocole dans la présente affaire, l'argumentation qui avait été employée dans l'arrêt *Ludecke* pour interpréter la Convention.

As I have indicated, I am of opinion that the four and one half point type reproduction of the material required to be inscribed by Art. 3(1)(c) of the Protocol was not a "notice" within the meaning of the Article and accordingly the carrier is not entitled to avail itself of the provisions of Art. 22.

For all these reasons I would allow this appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and direct that the question here submitted for determination be answered in the negative and that the respondent is not entitled to avail itself of the provisions of Art. 22 of the First Schedule to the Hague Protocol so as to limit its liability to the appellants as to the amount of damages payable as a result of the death of the late Joseph Irving Stampleman at Tokyo International Airport on March 4th, 1966, and as a result of the loss or destruction of the registered baggage of the said Mr. Stampleman, the check for which was incorporated in his ticket.

The appellants will have their costs both here and in the Court of Appeal.

The judgment of Martland, Judson and Pigeon JJ. was delivered by

JUDSON J. (*dissenting*)—The Quebec Court of Appeal has stated the issues in this appeal in clear and simple terms. First, did the ticket which was issued to the deceased passenger comply with the requirements of the Warsaw Convention, as amended by the Hague Protocol, so as to limit the carrier's liability? Second, was this notice reasonably legible and comprehensible? Their answer to both questions was "Yes" and they allowed the appeal and dismissed the action.

I agree entirely with their reasons for judgment and I would dismiss this appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellants: David M. Lack, Montreal.

Comme je l'ai indiqué, je suis d'avis que la reproduction en caractères de quatre points et demi du texte dont l'al. c) du par. (1) de l'art. 3 du Protocole exige l'inclusion n'est pas un «avis» au sens de cet article et que, en conséquence, le transporteur n'est pas fondé à se prévaloir des dispositions de l'art. 22.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de faire droit au pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de répondre par la négative à la question qu'on nous a demandé de trancher de sorte que l'intimée n'a pas le droit de se prévaloir des dispositions de l'art. 22 de la première annexe au Protocole de la Haye pour limiter sa responsabilité envers les appelants quant au montant des dommages-intérêts payables par suite du décès de Joseph Irving Stampleman à l'aéroport international de Tokyo, le 4 mars 1966, et par suite de la perte ou de la destruction des bagages enregistrés dudit M. Stampleman, dont le bulletin de bagages faisait partie de son billet.

Les appelants ont droit à leurs dépens dans cette Cour et en Cour d'appel.

Le jugement des juges Martland, Judson et Pigeon a été rendu par

LE JUGE JUDSON (*dissident*)—La Cour d'appel du Québec a exposé les questions soulevées dans le présent pourvoi en termes clairs et simples. En premier lieu, le billet délivré au voyageur était-il conforme aux exigences de la Convention de Varsovie, modifiée par le Protocole de la Haye, de façon à limiter la responsabilité du transporteur? En second lieu, cet avis était-il raisonnablement lisible et compréhensible? La Cour d'appel du Québec a répondu par l'affirmative à ces deux questions, elle a fait droit à l'appel et a rejeté l'action.

Je suis entièrement d'accord avec les motifs de jugement de la Cour d'appel du Québec et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur des appelants: David M. Lack, Montréal.

Solicitors for the respondent: Ogilvy, Cope, Porteous, Hansard, Montgomery, Renault, Clarke & Kirkpatrick, Montreal.

Solicitors for the intervenant Dora Eileen Hallam: Fraser & Beatty, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Ogilvy, Cope, Porteous, Hansard, Montgomery, Renault, Clarke & Kirkpatrick, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Dora Eileen Hallam: Fraser & Beatty, Toronto.

Armand Emanuel Charbonneau *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1977: February 24; 1977: April 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Murder — Possible reduction to manslaughter — Criminal negligence — Adequacy of charge to jury — Criminal Code, s. 212.

Appellant was convicted of non-capital murder in the shooting of his wife. The Ontario Court of Appeal upheld his conviction. An appeal was brought to this Court, by leave. Appellant contended that the trial judge had failed to instruct the jury adequately on the included offence of manslaughter, through appellant's criminal negligence in his discharging a loaded rifle.

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

Per Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.: We agree with the reasons of the Court of Appeal. We adopt its view that there was no material evidence from which a jury could find any support for the theory, not advanced at the trial, that the death resulted from criminal negligence.

Per Spence J., *dissenting*: Although the whole defence at the trial was based on the argument that the discharge of the firearm was a pure accident, it was the duty of the trial judge to deal adequately with any other view of the facts, arising out of the evidence, which would reduce the crime from murder to manslaughter. There was evidence here of: (1) negligence in the handling of a firearm on many occasions and (2) much drinking by the appellant, on which the trial judge left with the jury the possible verdict of manslaughter, only if the jury concluded that the accused discharged the rifle, but, because of his intoxication, he had been unable to form the intent required for the conviction of murder. The same intoxication which would justify the jury in reducing the charge from murder to manslaughter would render more probable criminal negli-

Armand Emanuel Charbonneau *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1977: le 24 février; 1977: le 4 avril.

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

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

Droit criminel — Meurtre — Réduction possible à homicide involontaire coupable — Négligence criminelle — Directives adéquates données au jury — Code criminel, art. 212.

L'appelant a été déclaré coupable du meurtre non qualifié de son épouse, tuée d'un coup de carabine. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le verdict. Un pourvoi est interjeté devant cette Cour, sur autorisation. L'appelant prétend que le juge du procès n'a pas donné au jury des directives appropriées sur la question de l'homicide involontaire coupable, alors que le décès était imputable à la négligence criminelle de l'appelant en déchargeant une carabine.

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

Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré: Nous sommes d'accord avec les motifs de la Cour d'appel. Nous souscrivons à sa conclusion qu'aucune preuve valable ne permettait au jury d'accepter la théorie que le décès était imputable à une négligence criminelle, alors que ce moyen n'avait pas été avancé au procès.

Le juge Spence, *dissident*: Même si la défense au procès était uniquement fondée sur l'argument que la décharge de l'arme à feu était un pur accident, le juge était tenu de traiter convenablement de toute autre façon d'envisager les faits qui pourraient résulter de la preuve et qui réduiraient l'infraction d'un meurtre à un homicide involontaire coupable. La preuve révélait que (1) l'accusé avait fréquemment été négligent dans le maniement d'une arme à feu et (2) qu'il avait beaucoup bu, ce qui a amené le juge du procès à laisser au jury la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable, mais seulement si le jury concluait que l'accusé avait intentionnellement déchargé la carabine, mais qu'en raison de son ivresse, il était incapable de former l'intention nécessaire. La même ivresse qui justifierait le jury à réduire un meurtre à un homicide involontaire

gence in unintentional homicide. The appeal should be allowed, the conviction set aside and a new trial ordered.

[*Mancini v. Director of Public Prosecutions* (1941), 28 Cr. App. R. 65; *Kelsey v. R.*, [1953] 1 S.C.R. 220 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from a conviction by O'Leary J. with a jury on a charge of non-capital murder. Appeal dismissed, Spence J. dissenting.

Edward L. Greenspan, for the appellant.

J. David Watt, for the respondent.

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

RITCHIE J. —This is an appeal brought with leave of this Court from a judgment of the Court of Appeal for Ontario which affirmed the verdict of guilty of non-capital murder of his wife entered against the appellant at his trial before Mr. Justice O'Leary sitting with a jury.

The argument before this Court on behalf of the appellant was founded on the contention that the learned trial judge had erred in law in failing to instruct the jury adequately as to the defence of manslaughter on the theory that the death resulted from criminal negligence on the part of the appellant in discharging the loaded rifle.

I find myself in agreement with the reasons for judgment of the Court of Appeal and I adopt the following paragraph from that judgment:

The contention that the trial judge was in error in failing to adequately instruct the jury as to the included offence of manslaughter cannot be supported by the evidence. In our view there is no material evidence from which a jury could find any support for the theory, now advanced for the first time in this Court by the appellant, that the death resulted from criminal negligence. This is a theory based on speculation and the defence is not entitled to have a speculative theory presented to the jury for their consideration. In our view there was no evidence to support criminal negligence as distinct from accident.

coupable, rendrait plus probable la négligence criminelle dans le cas d'un homicide involontaire. Le pourvoi devrait être accueilli, la déclaration de culpabilité annulée et un nouveau procès devrait être ordonné.

[Arrêts mentionnés: *Mancini v. Director of Public Prosecutions* (1941), 28 Cr. App. R. 65; *Kelsey v. R.*, [1953] 1 R.C.S. 220.]

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, rejetant l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge O'Leary et un jury sur une accusation de meurtre non qualifié. Pourvoi rejeté, le juge Spence étant dissident.

Edward L. Greenspan, pour l'appellant.

J. David Watt, pour l'intimée.

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

LE JUGE RITCHIE—Ce pourvoi, interjeté sur autorisation, attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a confirmé le verdict de culpabilité rendu contre l'appellant pour le meurtre non qualifié de son épouse. Le verdict a été prononcé à son procès devant le juge O'Leary, siégeant avec jury.

L'avocat de l'appellant prétend dans ce pourvoi que le savant juge du procès a erré en droit en ne donnant pas au jury les directives appropriées sur la question de l'homicide involontaire coupable car, selon lui, le décès est imputable à la négligence criminelle de l'appellant en déchargeant une carabine.

Je suis d'accord avec les motifs de jugement de la Cour d'appel, dont j'adopte l'alinéa suivant:

[TRADUCTION] La prétention que le juge du procès a erré en ne donnant pas au jury les directives appropriées sur l'infraction d'homicide involontaire coupable comprise dans l'inculpation n'est pas étayée par la preuve. A notre avis, il n'y a aucune preuve valable permettant au jury d'accepter la théorie, avancée pour la première fois devant cette Cour par l'appellant, que le décès est imputable à une négligence criminelle. Cette théorie relève de la spéculation et la défense n'a pas le droit de présenter pareille théorie à l'examen du jury. A notre avis, il n'y a pas de preuve de négligence criminelle par opposition à un accident.

I would accordingly dismiss this appeal.

SPENCE J. (*dissenting*)—This is an appeal, upon leave granted by this Court, from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on March 12, 1975. By that judgment, the said Court of Appeal dismissed an appeal by the accused from his conviction by O'Leary J. of non-capital murder after a verdict by a jury.

I have had the privilege of reading the reasons for judgment which are being delivered by my brother Ritchie. I agree that the sole issue which concerns this Court is whether the learned trial judge erred in failing to leave to the jury the possible verdict of manslaughter based on very great negligence in the handling of a firearm. The learned trial judge had left to the jury the possible verdict of manslaughter only if the jury concluded that the accused had discharged the firearm but due to the degree of his intoxication had been unable to form the intent required for commission of the crime of murder by s. 212 of the *Criminal Code* as it provided at the relevant time. However, with respect, I differ with my brother Ritchie in concluding that the Court of Appeal for Ontario was correct in concluding that the learned trial judge properly so confined his treatment of the alternate verdict of manslaughter. The Court of Appeal regarded the theory that the deceased woman's death might have resulted from the accused's criminal negligence as mere speculation not supported by any evidence.

It is true that able and experienced counsel for the accused based his whole defence on an attempt to convince the jury that the discharge of the firearm was a pure accident and that therefore the homicide did not result from an unlawful act so that the accused should be acquitted. The addresses of counsel to the jury are not set out in the appeal case so I cannot tell whether counsel for the accused urged the jury that even if they found the accused had intentionally discharged the firearm, as contrasted with the finding he urged that the firearm had discharged accidentally, that they should nevertheless find that the accused through his intoxication was incapable of forming the

En conséquence, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

LE JUGE SPENCE (*dissent*)—Ce pourvoi, interjeté sur autorisation, attaque l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, rendu le 12 mars 1975, qui rejetait un appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité par le juge O'Leary pour meurtre non qualifié, suite au verdict d'un jury.

J'ai eu le privilège de lire les motifs rédigés par mon collègue le juge Ritchie. Je suis d'accord que la seule question qui se pose à cette Cour est de savoir si le savant juge du procès a erré en ne laissant pas au jury la possibilité de prononcer un verdict d'homicide involontaire coupable fondé sur une très grande négligence dans le maniement d'une arme à feu. Le savant juge du procès n'avait laissé au jury la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable qu'au cas où le jury conclurait que l'accusé avait effectivement déchargé l'arme à feu, mais que son état d'ivresse l'avait rendu incapable de former l'intention nécessaire pour qu'il y ait meurtre au sens de l'art. 212 du *Code criminel* en vigueur à l'époque. Toutefois, avec égards, mon opinion diffère de celle de mon collègue le juge Ritchie qui a considéré que la Cour d'appel de l'Ontario avait eu raison de conclure que le savant juge du procès avait circonscrit à bon droit le verdict possible d'homicide involontaire. La Cour d'appel a considéré la théorie selon laquelle le décès de la victime pouvait être imputable à la négligence criminelle de l'accusé comme une pure spéculation non étayée par la preuve.

Il est exact que l'éminent avocat de l'accusé s'est fondé uniquement sur une tentative de convaincre le jury que la décharge de l'arme à feu était un pur accident et que, par conséquent, l'homicide ne résultant pas d'un acte illégal, l'accusé devait être acquitté. Les exposés des avocats au jury ne font pas partie du dossier d'appel. Je ne peux donc pas savoir si, après avoir plaidé que l'arme à feu s'était déchargée accidentellement, l'avocat de l'accusé a engagé le jury à conclure, même s'il trouvait que l'accusé avait intentionnellement déchargé l'arme à feu, que l'accusé, vu son état d'ivresse, était incapable de former l'intention nécessaire et que, par conséquent, son verdict devrait en être un

necessary intent and so their verdict should be manslaughter. Certainly the learned trial judge put that possible verdict on that very basis very plainly to the jury in his charge.

No place in the record am I able to find any suggestion by counsel for the accused that a verdict of manslaughter based on criminally negligent but unintentional discharge of the firearm should be submitted to the jury. Certainly the learned trial judge not merely failed to put such issue to the jury but he excluded it in the plainest of words, saying:

Now, as is obvious from what has been said by the defence and crown counsel and what I have already said, the first issue that you have to decide here is whether or not what happened was an accident. If you conclude that what happened was an accident, then that is the end of it and your verdict must be not guilty. If you are convinced beyond a reasonable doubt that the shooting was no accident, that it was intentional, then you will still have to decide whether or not your verdict should be guilty of murder or guilty of manslaughter.

In this particular case, there is only one circumstance that could result in a finding of manslaughter. If you decide that the killing was—shooting was intentional, you would still have to consider whether or not the defence of drunkenness applies. The defence of drunkenness will only reduce murder to manslaughter.

Certainly since the pronouncement of Viscount Simon, L.C., in *Mancini v. Director of Public Prosecutions*¹ at p. 72, there can be no doubt that it is the duty of a trial judge, despite the fact that the defence advanced another and perhaps a contradictory theory, “to deal adequately with any other view of the facts which might reasonably arise out of the evidence given, and which would reduce the crime from murder to manslaughter”. The Lord Chancellor’s ruling by its terms applies to “other views of the fact which might reasonably arise out of the evidence” so this Court has said in *Kelsey v. The Queen*², and it has oft been repeated that a submission requiring such a charge could only be based on the existence in the record of

¹ (1941), 28 Crim. App. R. 65.

² [1953] 1 S.C.R. 220.

d’homicide involontaire coupable. Indubitablement, le savant juge du procès a très clairement mentionné la possibilité d’un verdict sur ce fondement dans ses instructions au jury.

Je ne trouve rien au dossier indiquant que l’avocat de l’accusé a suggéré qu’un verdict d’homicide involontaire coupable fondé sur la négligence criminelle, mais involontaire, dans le déchargement de l’arme à feu devrait être soumis au jury. Il est certain que le savant juge du procès a non seulement négligé de soumettre cette question au jury, mais l’a exclue dans les termes les plus clairs en disant:

[TRADUCTION] Maintenant, il ressort clairement de la défense, de l’accusation et de ce que j’ai déjà déclaré, qu’il vous faut d’abord décider si ce qui est arrivé était un accident. Si vous concluez qu’il s’agissait d’un accident, vous n’avez plus le choix et votre verdict doit être l’acquittement. Si vous êtes convaincus, au-delà de tout doute raisonnable, que le coup de fusil n’était pas accidentel, mais qu’il était intentionnel, il vous restera à décider si votre verdict doit être coupable de meurtre ou d’homicide involontaire coupable.

Dans ce cas particulier, une seule chose peut vous amener à conclure à l’homicide involontaire coupable. Si vous décidez que l’homicide—le coup de fusil—était intentionnel—il vous restera encore à examiner si la défense d’ivresse s’applique. La défense d’ivresse réduira seulement le meurtre à un homicide involontaire coupable.

Depuis la décision du vicomte Simon, lord Chancelier, dans *Mancini v. Director of Public Prosecutions*¹, à la p. 72, il ne fait pas de doute que c’est le devoir du juge du procès, même si la défense a fait valoir une théorie autre, et peut-être même contradictoire, [TRADUCTION] «de traiter convenablement de toute autre façon d’envisager les faits qui pourrait raisonnablement résulter de la preuve et qui réduirait l’infraction d’un meurtre à un homicide involontaire coupable». La règle formulée par le lord Chancelier s’applique à [TRADUCTION] «d’autres façons d’envisager les faits qui pourraient raisonnablement résulter de la preuve» comme l’a dit cette Cour dans *Kelsey c. La Reine*². D’ailleurs, on a souvent répété qu’on ne pouvait

¹ (1941), 28 Crim. App. R. 65.

² [1953] 1 R.C.S. 220.

evidence which could support it. The Court of Appeal here, as I have said, were of the view that such a theory was mere speculation not based on the evidence.

I am unable to come to such a conclusion. The evidence is that this married couple had lived together for many years and together operated a cleaning business. Both their adult sons gave evidence and described their parents' domestic life as normal without any real quarrelling although one son Jean Claude Charbonneau inferred that the accused when intoxicated tended to quarrel with the deceased. The same son did give rather vague evidence which might be said to infer that at about 9:00 a.m. on the morning of her death the accused had struck the deceased with an ash tray resulting in a slight cut at the hairline but two employees in the business gave the clearest testimony that the deceased was normal in appearance and disposition all day and accidentally cut her own head on an open cash drawer at 6:30 p.m. in the immediate presence of both who observed the accident. These same two witnesses and many others testified as to normal relationship of the accused and the deceased. The one son Francis Charbonneau described the relationship thus:

It is not a domestic bliss, you know. It is not a honeymoon setting, but it is not—it is not continuous fights or not a honeymoon place; an average domestic scene.

In short, the record fails to reveal any real evidence of motive. Of course, the Crown, if it proves the homicide and the necessary intent, need not prove motive. The lack of motive, however, does tend to strengthen the presumption of innocence of the accused in that it makes less likely that he did the act with necessary intent and therefore that the discharge of the rifle while in his hands might have occurred for some other reason.

The accused, after the fatal shooting, walked directly to the police station and finding it unoccupied wandered into a local beverage room and there sat in what described as a dazed manner consuming beer until approached by a friend Maki and then after a few moments' casual conversation the accused said to his friend "I shot Rose . . . it

prétendre à une telle directive que s'il y avait au dossier une preuve susceptible de l'appuyer. En l'espèce, la Cour d'appel, comme je l'ai dit, est d'avis que pareille théorie relève de la pure spéculation et n'est pas fondée sur la preuve.

Je ne puis conclure en ce sens. Il est prouvé que les époux ont vécu ensemble pendant de nombreuses années et ont, ensemble, exploité une entreprise de nettoyage. Il ressort du témoignage de leurs deux fils adultes que le ménage de leurs parents était normal, sans vraies querelles, bien que l'un des fils, Jean-Claude Charbonneau, ait soutenu que l'accusé, quand il était ivre, avait tendance à se disputer avec son épouse. Le témoignage assez vague de ce fils pouvait laisser entendre que vers 9h, dans la matinée du décès, l'accusé avait frappé son épouse avec un cendrier et l'avait légèrement coupée à la naissance des cheveux. Toutefois, deux employés de l'entreprise ont clairement témoigné que la victime était d'apparence et d'humeur normales pendant toute la journée et qu'ils l'avaient vue se couper accidentellement à la tête sur un tiroir de caisse ouvert vers 18h30. Ces deux mêmes témoins et beaucoup d'autres ont témoigné que les relations entre l'accusé et la victime étaient normales. L'un des fils, Francis Charbonneau, a décrit comme suit leurs relations:

[TRADUCTION] Ce n'est pas le parfait bonheur conjugal vous savez. Ce n'est pas une atmosphère de lune de miel, mais ce n'est ni les disputes continuelles ni la lune de miel; un ménage ordinaire.

En résumé le dossier n'établit pas vraiment de mobile. Évidemment, si le ministère public prouve l'homicide et l'intention nécessaire, il n'a pas à établir le mobile. Toutefois, l'absence de mobile tend à renforcer la présomption d'innocence de l'accusé, en ce qu'il devient moins probable qu'il ait agi avec l'intention nécessaire et, partant, qu'il ait déchargé la carabine qu'il avait en mains pour quelque autre raison.

L'accusé, après les coups de feu fatals, s'est directement rendu au poste de police et, le trouvant vide, a erré jusqu'à un bar voisin et s'y est assis «l'air visiblement hébété» pour consommer de la bière. Peu après, un ami, Maki, s'est approché et, après quelques instants de conversation banale, l'accusé lui a dit [TRADUCTION] «j'ai tiré sur Rose

was an accident". That same word "accident" the accused used to describe the homicide to Dr. McLachlan who examined him about 3 hours later and his statement made to the police officer later at about 1:00 a.m. described the discharge as occurring accidentally. Perhaps it was this evidence which moved counsel for the accused to stress the defence of blameless accident but I regard it as much more indicative of criminal negligence in handling a firearm, that is, evidence which would have supported a conviction of manslaughter.

This evidence is strengthened, in my opinion, by much evidence that the accused, although an experienced and skilled hunter, was very careless in leaving this same rifle cased or uncased lying about the small apartment sometimes in his bedroom, sometimes in the kitchen, sometimes in the living room, sometimes loaded and with magazine attached sometimes not. Moreover, the evidence revealed that the accused had suffered a serious stroke more than a year before and walked with a decided limp so one could expect him to be awkward. Whether or not a cartridge were in the chamber ready for firing could only be determined by pulling open the bolt of the rifle and that was the very action which the son Francis Charbonneau testified he had seen the accused fail to take on some occasions.

It must also be remembered that there was much evidence that the accused had been drinking during the course of that fatal day. Such evidence the learned trial judge rightly thought required him to charge on the defence of drunkenness. The same intoxication which would justify the jury in reducing an intentional homicide from murder to manslaughter would make more probable criminal negligence in an unintentional homicide.

For these reasons, I am of the opinion that despite the avoidance by the accused's counsel of any defence based on such criminally negligent but unintentional homicide it was the duty of the trial judge to leave that possibility to the jury in his charge.

... c'était un accident». L'accusé a aussi utilisé le terme «accident» pour décrire l'homicide au docteur McLachlan qui l'a examiné environ trois heures plus tard. Dans sa déclaration à l'agent de police, plus tard, vers 1h du matin, il a décrit la décharge comme accidentelle. Peut-être est-ce cette preuve qui a amené l'avocat de l'accusé à fonder la défense sur le caractère accidentel, mais je considère qu'elle indique plutôt une négligence criminelle dans le maniement d'une arme à feu, c'est-à-dire, qu'elle aurait pu justifier une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable.

Cette preuve est renforcée, à mon avis, par de nombreux témoignages indiquant que l'accusé, bien que chasseur expérimenté et habile, était très négligent et laissait traîner sa carabine dans son petit appartement, avec ou sans son étui, parfois munie d'un chargeur-magasin, ou même chargée. Il la laissait ainsi dans la chambre à coucher, dans la cuisine ou dans la salle de séjour. De plus, la preuve révèle qu'ayant souffert d'une grave attaque l'année précédente, l'accusé boitait de façon prononcée, et qu'on pouvait donc s'attendre à ce qu'il fût maladroit. Pour déterminer si une cartouche se trouvait dans la chambre de la carabine, prête à être tirée, il fallait ouvrir la culasse; Francis Charbonneau, le fils de l'accusé, a témoigné que son père négligeait parfois de le faire.

Il faut également se rappeler qu'il y a eu une preuve abondante que l'accusé avait bu au cours de cette journée fatale. Le savant juge du procès a pensé, à juste titre, qu'une telle preuve exigeait qu'il donne des directives sur la défense d'ivresse. La même ivresse qui justifierait le jury à réduire un homicide intentionnel de meurtre à homicide involontaire coupable, rendrait plus probable la négligence criminelle dans le cas d'un homicide involontaire.

Pour ces motifs, je suis d'avis que même si l'avocat de l'accusé a évité toute défense fondée sur un homicide par négligence criminelle mais involontaire, il incombait au juge du procès de présenter cette possibilité au jury dans ses instructions.

I would allow the appeal and direct a new trial.

Appeal dismissed, SPENCE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pomerant, Pomerant & Greenspan, Toronto,

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

J'accueillerais le pourvoi et ordonnerais un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, le juge SPENCE étant dissident.

Procureurs de l'appelant: Pomerant, Pomerant & Greenspan, Toronto.

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

The Minister of National Revenue *Appellant*;

and

Dame Lucie Simon and General Trust of Canada *Respondents*.

1977: February 8; 1977: March 8.

Present: Laskin C.J. and Judson, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Estate tax — Regime of community of acquests — Death of one spouse — Property does not pass to the surviving spouse — Deceased not competent to dispose of the property — Estate Tax Act, 1958 (Can.), c. 29, ss. 2, 3, 3(1)(f) and 58.

If the spouses stipulated in their marriage contract that the community property would belong to the survivor, is there a passing of property to the wife on the death of the husband? The Minister, alleging that such a passing had taken place, assessed the wife accordingly; however, this assessment was set aside by the Tax Appeal Board, whose finding was upheld by the Trial Division of the Federal Court and by the Federal Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Because the surviving spouse became owner of all the property of the community, retroactively to the date of the marriage, there is no passing of property within the meaning of the Act. Moreover, although the husband was responsible for administering the property of the community, he was not competent to dispose of this property within the meaning of this same *Estate Tax Act*.

Sura v. Minister of National Revenue, [1962] S.C.R. 65; *The Royal Trust Company et al. v. The Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 505, applied.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹, affirming a judgment of the Trial Division² upholding the decision of the Tax Appeal Board setting aside an assessment by the Minister. Appeal dismissed.

¹ [1975] C.T.C. 136.

² [1973] F.C. 783.

Le ministre du Revenu national *Appelant*;

et

Dame Lucie Simon et Trust Général du Canada *Intimés*.

1977: le 8 février; 1977: le 8 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Fiscalité — Impôt sur les biens transmis par décès — Régime de la communauté d'acquêts — Décès de l'un des époux — Absence de transmission de biens à l'époux survivant — Non-habilité du de cujus à disposer des biens — Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès, 1958 (Can.), c. 29 art. 2, 3, 3(1)f, 58.

Les époux ayant stipulé dans leur contrat de mariage que les biens de la communauté appartiendraient au survivant, y a-t-il à la mort du mari transmission de biens à l'épouse? Le Ministre alléguant une telle transmission, a cotisé l'épouse en conséquence; cette cotisation a cependant été écartée par la Commission d'appel de l'impôt dont la décision fut confirmée par la division de première instance de la Cour fédérale et par la Cour d'appel fédérale.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

L'époux survivant devenant propriétaire de tous les biens de la communauté rétroactivement à la date du mariage, il n'y a pas de transmission de biens au sens de la Loi. De plus, le mari, bien que responsable de l'administration des biens de la communauté, n'est pas, au sens de cette même *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, habile à disposer de ces biens.

Arrêts appliqués: *Sura c. Ministre du Revenu national*, [1962] R.C.S. 65; *The Royal Trust Company et autres c. Le ministre du Revenu national*, [1968] R.C.S. 505.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹, qui a confirmé le jugement de la division de première instance² maintenant la décision de la Commission d'appel de l'impôt écartant une cotisation établie par le Ministre. Pourvoi rejeté.

¹ [1975] C.T.C. 136.

² [1973] C.F. 783.

Alban Garon, Q.C., and *Roger Roy* for the appellant.

J. Lambert Toupin, Q.C., and *Michel Messier* for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—This appeal poses the following question: when spouses stipulate in their marriage contract that the community property shall belong to the survivor, is there a passing of property to the wife on the death of the husband, within the meaning of ss. 2 and 3 of the *Estate Tax Act*, 1958 (Can.), c. 29?

The question arises in a simple context:

(a) by notarized deed dated July 4, 1911, in Belgium, a marriage contract was concluded between François Faure and Lucie Simon, by which they stated that they adopted the regime of community of acquests, in accordance with ss. 1498 and 1499 of the Belgian *Code civil*; the parties agree on the fact that the Quebec *Civil Code* is to the same effect;

(b) this marriage contract contained the following stipulation:

[TRANSLATION] The future spouses stipulate, as a marriage covenant, that the whole of the community shall belong, with full right of ownership, to the surviving spouse, whether or not there are children or descendants born of this marriage;

(c) François Faure died on August 5, 1966;

(d) in calculating the property passing on death respondents, in their capacity as executors, excluded the whole of the community of acquests.

Appellant contended that there was a passing within the meaning of the Act. In his assessment, he included in computing the value of property passing on the death of François Faure the latter's share in the community of acquests. This assessment was set aside by the Tax Appeal Board, and this finding was concurred in by the Federal Court, Trial Division and Appeal Division.

Alban Garon, c.r., et *Roger Roy*, pour l'appelant.

J. Lambert Toupin, c.r., et *Michel Messier*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Ce pourvoi pose la question suivante: lorsque les époux stipulent dans leur contrat de mariage que les biens de la communauté appartiendront au survivant, y a-t-il à la mort du mari transmission de biens à l'épouse aux termes des art. 2 et 3 de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, 1958 (Can.), c. 29?

La question se pose dans un cadre simple:

a) par acte notarié, en date du 4 juillet 1911, a été passé en Belgique un contrat de mariage entre François Faure et Lucie Simon par lequel ils déclarent adopter le régime de la communauté d'acquêts, conformément aux art. 1498 et 1499 du *Code civil* belge; les parties s'entendent sur le fait que le *Code civil* de la province de Québec est au même effet;

b) ce contrat de mariage contient la stipulation suivante:

Les futurs époux stipulent, à titre de convention de mariage, que la totalité de la communauté appartiendra, en pleine propriété, au survivant des époux et ce qu'il y ait ou non des enfants ou descendants de ce mariage.

c) François Faure est décédé le 5 août 1966;

d) dans le calcul des biens transmis au décès, les intimés, en leur qualité d'exécuteurs testamentaires, ont exclu toute part de la communauté d'acquêts.

L'appelant affirme l'existence d'une transmission aux termes de la Loi. Par sa cotisation, il a inclus dans le calcul de la valeur des biens transmis au décès de François Faure la part de ce dernier dans la communauté d'acquêts. Cette cotisation a été écartée par la Commission d'appel de l'impôt et cette conclusion a été partagée par la Cour fédérale, division de première instance et division d'appel.

For the purposes of answering the question put to the Court, I do not believe that it is necessary to analyse the nature of the community, reduced to its acquests, as the parties invited the Court to do. Were the spouses co-owners of this property during the existence of the community? Do we have here a type of partnership or an institution *sui generis*? These question I will leave unanswered.

Whatever the nature of the community may be, on its dissolution by the death of the husband, giving rise to application of the above-mentioned stipulation in the marriage covenants, the widow became owner of all the property, retroactively to the date of the marriage. In *Sura v. Minister of National Revenue*³, speaking of the share of the community property going to the spouse in a case in which the exclusive right of the survivor was not at issue, Taschereau J., as he then was, stated (at p. 71):

[TRANSLATION] ... if the wife was not co-owner of the community property, she would have to pay succession duties on dissolution of the community, because there would then be a passing of property from her husband. However, this is not the case here, because there was no *passing*, but partition, in which she took the share coming to her, which had belonged to her since the marriage. What she received did not come from the estate of her husband.

In support of his views, Taschereau J. cited as authorities several authors, including Mignault, who stated, in volume six of his *Droit Civil*, at p. 337, that in the event of renunciation the interest is *retroactively* terminated, the other spouse being [TRANSLATION] "deemed to have always been the sole owner of the property which made up the community". To these authorities, I would add Troplong, *Le Droit Civil Expliqué*, second edition, *Du contrat de mariage*, volume III, p. 679, No. 2184:

[TRANSLATION] ... by the retroactive effect of the occurrence of the condition of survival, the surviving spouse is deemed to have been the owner *ab initio*, from the time of the acquisitions. The predeceased, on the other hand, is deemed never to have had any interest; he passes nothing to his heirs.

³ [1962] S.C.R. 65.

Pour résoudre la question qui nous est posée, je ne crois pas nécessaire d'analyser la nature de la communauté réduite aux acquêts comme les parties nous ont invités à le faire. Les époux sont-ils pendant l'existence de la communauté co-propriétaires de ces biens? Sommes-nous devant une espèce de société ou devant une institution ayant ses caractères propres? Autant d'interrogations que je laisse sans réponse.

Quelle que soit la nature de la communauté, à sa dissolution par la mort du mari donnant naissance à l'application de la stipulation précitée des conventions matrimoniales, la veuve est devenue propriétaire de tous les biens rétroactivement à la date du mariage. Dans l'arrêt *Sura c. Ministre du Revenu national*³, parlant de la part de la communauté revenant à l'épouse dans un cas où il n'était pas question du droit exclusif du survivant, M. le juge Taschereau, tel qu'il était alors, parlant pour la Cour, affirme (à la p. 71):

... si la femme n'était pas copropriétaire des biens communs, elle aurait à payer, lors de la dissolution de la communauté, des droits de succession, car il s'agirait alors d'une transmission de biens lui venant de son mari. Mais, il n'en est pas ainsi, car il n'y a pas de *transmission* mais un partage, où elle prend la part qui lui revient et qui lui appartient depuis le mariage. Ce qu'elle reçoit ne provient pas du patrimoine de son époux.

Au soutien de ses vues, M. le juge Taschereau invoque l'autorité de plusieurs auteurs dont Mignault qui, dans le volume 6 de son *Droit civil*, à la p. 337, affirme qu'au cas de renonciation, le droit est résolu *retroactivement*, l'autre époux étant «réputé avoir toujours été seul propriétaire des biens qui composaient la communauté». A ces autorités, j'ajouterais Troplong, *Le Droit Civil Expliqué*, 2^e édition, *Du contrat de mariage*, tome III, p. 679, n^o 2184:

... par la force rétroactive de l'accomplissement de la condition de survie, le conjoint survivant est censé avoir été propriétaire *ab initio*, dès le moment des acquisitions. Le prédécédé, au contraire, est censé n'en avoir jamais été saisi; il n'en transmet rien à ses héritiers.

³ [1962] R.C.S. 65.

I accept without hesitation the finding of the *Sura* decision, which dealt with the case of an ordinary community, as I said. This reasoning, applied to the whole of the property when the marriage covenants contain a complete stipulation in favour of the survivor, leads necessarily to the conclusion that there was here no "passing" giving rise to assessment, unless this word has been given a broader meaning by the legislator.

This is what appellant submitted to the Court, declining to rely in this Court on s. 3(1)(f); we therefore do not have to decide on it. He relies on ss. 3 and 58, the relevant portions of which should now be cited:

3. (1) There shall be included in computing the aggregate net value of the property passing on the death of a person the value of all property, wherever situated, passing on the death of such person, including, without restricting the generality of the foregoing,

(a) all property of which the deceased was, immediately prior to his death, competent to dispose;

(2) For the purposes of this section,

(a) a person shall be deemed to have been competent to dispose of any property if he had such an estate or interest therein or such general power as would, if he were *sui juris*, have enabled him to dispose of that property;

(e) notwithstanding anything in this section, the expression in paragraph (a) of subsection (1) 'property of which the deceased was, immediately prior to his death, competent to dispose' does not include the share of the spouse of the deceased in any community of property that existed between the deceased and such spouse immediately prior to his death.

58. (1) In this Act,

(a) . . .

(i) "general power" includes any power or authority enabling the donee or other holder thereof to appoint, appropriate or dispose of property as he sees fit, whether exercisable by instrument *inter vivos* or by will, or both, but does not include any power exercisable in a fiduciary capacity under a disposition not made by him, or exercisable as a mortgagee;

J'accepte sans hésitation la conclusion de l'arrêt *Sura*, conclusion qui se rattachait, comme je l'ai dit, au cas de la communauté ordinaire. Ce raisonnement, appliqué à la totalité des biens lorsque les conventions matrimoniales contiennent une stipulation complète en faveur du survivant, amène nécessairement à la conclusion qu'il n'y a pas ici «transmission» donnant ouverture à cotisation à moins que ce mot n'ait reçu du législateur un sens plus large.

C'est ce que nous soumet l'appelant qui, devant cette Cour, a renoncé à invoquer en sa faveur l'art. 3(1)(f); nous n'avons donc pas à nous y arrêter. Il s'appuie sur les articles 3 et 58 dont les extraits pertinents doivent maintenant être cités:

3. (1) Dans le calcul de la valeur globale nette des biens transmis au décès d'une personne, on doit inclure la valeur de tous les biens, quelle qu'en soit la situation, transmis au décès de cette personne, y compris, sans restreindre la généralité de ce qui précède,

a) tous les biens dont le *de cuius*, immédiatement avant son décès, était habile à disposer;

(2) Aux fins du présent article,

a) une personne est réputée avoir été habile à disposer de biens, si elle possédait un intérêt ou un droit dans ceux-ci, ou tel pouvoir général qui, si elle avait été *sui juris*, l'aurait rendue habile à en disposer;

e) nonobstant toute disposition du présent article, l'expression «biens dont le *de cuius*, immédiatement avant son décès, était habile à disposer», apparaissant à l'alinéa a) du paragraphe (1), ne comprend pas la part du conjoint du *de cuius* dans une communauté de biens qui existait entre le *de cuius* et ce conjoint immédiatement avant son décès.

58. (1) Dans la présente loi,

a) . . .

i) «pouvoir général» comprend toute faculté ou autorisation permettant au donataire ou autre détenteur de biens de les distribuer ou approprier ou d'en disposer selon qu'il le juge opportun, qu'elle puisse s'exercer par un acte entre vifs ou par testament, ou les deux, mais ne comprend pas un pouvoir susceptible d'être exercé à titre fiduciaire en vertu d'une disposition qu'il n'a pas faite lui-même, ou susceptible d'être exercé par une personne en qualité de créancier hypothécaire;

Appellant's argument is that immediately before his death François Faure was competent to dispose of half of the community of acquests, and as a result the word "passing" must be more broadly interpreted, and that the fact that François Faure, under art. 1292 C.C., was bound to obtain the consent of his wife with respect to certain dispositions is not an obstacle to such an interpretation. The reply to this argument is found in *The Royal Trust Company et al. v. The Minister of National Revenue*⁴. Fauteux J., as he then was, wrote, delivering the judgment of the Court (at p. 513):

While, in a loose sense, it may be said that the husband is competent to dispose, in his lifetime, of community assets, under the general administrative power conferred on him by Art. 1292 *et seq.* of the *Civil Code* of the province of Quebec, he is not free, not competent to dispose of such assets in any sense contemplated by ss. 3(1)(a), 3(2)(a) and 58(1)(i) quoted above. The premise, on which rests the second branch of the dilemma propounded by appellants, is not valid. In my opinion, these provisions of s. 3(2)(e) do not support appellants' interpretation of s. 3(1)(a).

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: D. S. Thorson, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, Mackell & Clermont, Montreal.

⁴ [1968] S.C.R. 505.

La proposition de l'appelant est qu'immédiatement avant son décès François Faure était habile à disposer de la moitié de la communauté d'acquêts et que dès lors, le mot «transmission» doit recevoir une interprétation large à laquelle ne fait pas obstacle le fait que François Faure, aux termes de l'art. 1292 C.c., était tenu d'obtenir le concours de sa femme à l'égard de certains actes de disposition. La réponse à cette proposition se retrouve dans l'arrêt *The Royal Trust Company et al c. Le ministre du Revenu national*⁴. Sous la plume de M. le juge Fauteux, tel qu'il était alors, parlant pour la Cour, on lit ce qui suit (à la p. 513):

[TRADUCTION] Même si, de façon générale, on peut soutenir que le mari peut, de son vivant, disposer des biens de la communauté en vertu du pouvoir général d'administration que lui confèrent les articles 1292 et ss. du *Code civil* de la province de Québec, il n'est pas pour autant habile à disposer de ces biens de quelque manière prévue aux alinéas 3(1)a), 3(2)a) et 58(1)i), précités. La prémisse à la base du deuxième terme de l'alternative proposée par les appelants n'est pas valide. A mon avis, les dispositions de l'alinéa 3(2)e) n'étaient pas l'interprétation que donnent les appelants à l'alinéa 3(1)a).

Je rejeterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelant: D. S. Thorson, Ottawa.

Procureurs des intimés: Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, Mackell & Clermont, Montréal.

⁴ [1968] R.C.S. 505.

Imperial Oil Limited *Appellant*;

and

Nova Scotia Light and Power Company Limited *Respondent*.

1977: May 25, 26; 1977: June 24.

Present: Martland, Judson, Ritchie, Spence and Dickson JJ.

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

Contracts — Provision for price adjustment for tax changes — Interpretation — Scope of provision — Applicability to non-Canadian tax changes — Applicability to resultant cost increases by affiliate companies — Applicability to Canadian duties and levies — Import duties — Maritime Pollution Claims Fund Levy.

The parties entered into an agreement whereby Imperial was to supply the respondent "Nova Scotia" with its entire requirements of bunker fuel oil for the years 1970 to 1976. The agreement provided that any increase or decrease in "tax, duty, charge or fee applicable to the product or its manufacture, sale or delivery" or "any imposition of any new tax, duty, charge or fee on the product or its production, manufacture, sale or delivery" and to be borne by Imperial would be reflected in a price adjustment. The clause did not apply to a tax on income or profits. As a result of increases in taxes or royalties and the imposition by the government of Venezuela of new taxes on crude oil production and export the prices paid by Imperial for crude oil rose. Imperial sought to pass on these additional costs under the terms of the agreement. Both the trial judge and the Appeal Division decided that the agreement contemplated only Canadian taxes, on the product, borne by Imperial and not by another company in the Exxon group.

Imperial also claimed payments which it was required to make in respect of the Maritime Pollution Claims Fund levy under *The Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, as amended by R.S.C. 1970, c. 27 (2nd Supp.) and this claim was upheld by the trial judge. On appeal "Nova Scotia" contested by cross-appeal its liability in respect of the levy on imports of crude oil by Imperial to its refinery. The Appeal Division allowed the cross-appeal holding that these deliveries of crude oil

Imperial Oil Limited *Appelante*;

et

Nova Scotia Light and Power Company Limited *Intimée*;

1977: les 25 et 26 mai; 1977: le 24 juin.

Présents: Les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence et Dickson.

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

Contrats — Disposition prévoyant un ajustement du prix en cas de modification des impôts — Interprétation — Portée de la disposition — Applicabilité aux modifications d'impôts étrangers — Applicabilité à l'augmentation du prix coûtant par les compagnies associées — Applicabilité à des droits et impôts canadiens — Droits sur l'importation — Caisse des réclamations de la pollution maritime.

Les parties ont conclu un contrat en vertu duquel Imperial devait approvisionner totalement l'intimée, «Nova Scotia», en combustible de soute du 1^{er} janvier 1970 au 31 décembre 1976. Le contrat prévoyait que toute «augmentation ou réduction des taxes, impôts, charges ou droits applicables au produit ou à sa fabrication, vente ou livraison» ou «toute imposition de quelque nouvel impôt, taxe, droit ou charge à l'égard du produit ou de sa production, fabrication, vente ou livraison», assumée par Imperial se traduirait par un ajustement du prix. La clause ne visait pas un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices. Suite à des augmentations de taxes ou de redevances et à l'imposition de nouvelles taxes par le gouvernement du Venezuela sur la production et l'exportation du pétrole brut, le prix du pétrole brut payé par Imperial a augmenté. Imperial a cherché à imputer ces coûts supplémentaires à l'intimée, en vertu du contrat. Tant le juge de première instance que la Division d'appel ont décidé que le contrat ne visait que les impôts canadiens sur le produit, assumés par Imperial et non par d'autres compagnies du groupe Exxon.

Imperial a réclamé également le remboursement des paiements qu'elle a dû faire à la Caisse des réclamations de la pollution maritime en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, c. S-9, modifié par S.R.C. 1970, c. 27 (2^e Supp.) et le juge de première instance a accueilli cette demande. En appel, «Nova Scotia» a contesté, par appel incident, son obligation relative aux contributions concernant l'importation jusqu'à la raffinerie d'Imperial. La Division d'appel a

were not deliveries of "the product" and so not within the application of the clause.

Held: The appeal should be dismissed.

The wording of the clause only contemplated a price increase (or decrease) to be payable by (or credited to) "Nova Scotia" in respect of a tax, duty, charge or fee imposed upon Imperial in relation to bunker fuel oil. It did not apply to increases in the cost price of crude oil purchased by Imperial under supply contracts with its subsidiary or affiliated companies.

The conclusion of the Appeal Division on the cross-appeal was also correct. However the deduction from the price payable by "Nova Scotia" of the amount of certain import duties which had existed when the contract was made and which had been eliminated was not appropriate in light of the reasoning applied in respect of the Maritime Pollution Claims Fund Levy.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division¹, dismissing an appeal, and allowing a cross-appeal, from a judgment of Hart J. at trial². Appeal dismissed, judgment of Appeal Division confirmed with modification.

J. J. Robinette, Q.C., G. D. Finlayson, Q.C., and J. A. Keefe, for the appellant.

W. B. Williston, Q.C., R. N. Pugsley, Q.C., E. A. LeBlanc, Q.C., W. C. Graham, J. G. Godsoe, and R. K. Jones, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The appellant, hereinafter referred to as "Imperial", is appealing from the judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, which dismissed Imperial's appeal from the judgment at trial, dismissing its action against the respondent, hereinafter referred to as "Nova Scotia". The Appeal Division judgment also allowed a cross-appeal by Nova Scotia.

Imperial and Nova Scotia entered into an agreement dated March 23, 1970, under the terms of

¹ (1975), 62 D.L.R. (3d)91.

² (1976), 16 A.P.R. 488.

accueilli cet appel incident, jugeant que ces livraisons de pétrole brut ne constituaient pas des livraisons «du produit» et n'étaient en conséquence pas couvertes par la clause.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le libellé de la clause ne visait qu'une augmentation (ou réduction) du prix payable par (ou crédité à) «Nova Scotia» à l'égard des taxes, impôts, charges ou droits imposés à Imperial à l'égard du combustible de soute. Elle ne s'appliquait pas aux augmentations du prix coûtant du pétrole acheté par Imperial en vertu des contrats d'approvisionnement avec ses filiales ou compagnies associées.

La conclusion de la Division d'appel sur l'appel incident était également fondée. Toutefois, la déduction du prix payable par «Nova Scotia» du montant de certains droits sur l'importation qui existaient à l'époque de la conclusion du contrat et avaient été supprimés, n'était pas appropriée à la lumière du raisonnement appliqué à l'égard de la Caisse des réclamations de la pollution maritime.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Division d'appel¹ de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse qui a rejeté un appel et a accueilli un appel² incident d'un jugement de première instance prononcé par le juge Hart. Le pourvoi est rejeté et l'arrêt de la Division d'appel est confirmé sous réserve d'une modification.

J. J. Robinette, c.r., G. D. Finlayson, c.r., et J. A. Keefe, pour l'appelante.

W. B. Williston, c.r., R. N. Pugsley, c.r., E. A. LeBlanc, c.r., W. C. Graham, J. G. Godsoe, et R. K. Jones, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse rejetant un appel interjeté par l'appelante, ci-après appelée «Imperial», du jugement de première instance qui a rejeté son action contre l'intimée, ci-après appelée «Nova Scotia». Le jugement rendu par la Division d'appel a également accueilli l'appel incident de Nova Scotia.

Imperial et Nova Scotia ont conclu un contrat daté du 23 mars 1970, en vertu duquel Imperial

¹ (1975), 62 D.L.R. (3d)91.

² (1976), 16 A.P.R. 488.

which Imperial agreed to supply the entire requirements of Nova Scotia of bunker fuel oil for the period from January 1, 1970, to December 31, 1976.

The relevant provisions of the agreement are as follows:

1. Seller agrees to sell and deliver, and Buyer agrees to purchase, accept delivery of and pay for Buyer's entire requirements of bunker fuel oil (hereinafter called "the product") during the period January 1, 1970 to December 31, 1976. . . .

3. The delivered price of the product shall be \$1.748 per barrel (34,972 Imperial Gallons).

9. In the event of any increase or decrease in the amount of any tax, duty, charge or fee applicable to the product or its production, manufacture, sale or delivery, or in the event of the imposition of any new tax, duty, charge or fee on the product or its production, manufacture, sale or delivery, which tax, duty, charge or fee is or will be borne by Seller, Seller shall alter the price of the product to reflect the increase or decrease, or the amount of the new tax, duty, charge or fee, as the case may be. This clause shall not apply to a tax on income or profits.

11. This Agreement shall be construed in accordance with the laws of the Province of Nova Scotia.

The case turns upon the interpretation of clause 9.

Both parties contemplated that the major portion of the bunker fuel oil would be supplied from Imperial's refinery at Dartmouth, Nova Scotia. There crude oil was refined by Imperial, which process yielded liquified petroleum gases (butane and propane), raw gasoline or naphtha, middle distillates (kerosene, diesel oil, heating oil) and residuals, being what is left after the gasoline and middle distillates are boiled off. At Dartmouth the residue is reduced to pitch which is brought back to heavy fuel oil by adding a distillate. It is the heavy fuel oil which was the subject matter of the contract.

The crude oil which was refined by Imperial at Dartmouth was produced in Venezuela, mainly by Creole Petroleum Corporation, a subsidiary, as is Imperial, of Exxon Corporation. For a time Imperial purchased its requirements of crude oil from its own subsidiary Albury Company Limited,

consentait à approvisionner totalement Nova Scotia en combustible de soute du 1^{er} janvier 1970 au 31 décembre 1976.

Voici les clauses pertinentes du contrat:

[TRADUCTION] 1. Le vendeur consent à vendre et à livrer tout le combustible de soute (ci-après appelé «le produit») dont l'acheteur aura besoin du 1^{er} janvier 1970 au 31 décembre 1976, et l'acheteur consent à l'acheter, à en accepter la livraison et à en payer le prix.

3. Le prix à la livraison du produit est de \$1.748 le baril (34,972 gallons impériaux).

9. Advenant une augmentation ou une réduction du montant des taxes, impôts, charges et droits applicables au produit ou à sa production, fabrication, vente ou livraison, ou advenant l'imposition de quelque nouvel impôt, taxe, charge ou droit à l'égard du produit ou de sa production, fabrication, vente ou livraison, qui est ou sera assumée par le vendeur, ce dernier modifiera le prix du produit en conséquence. Cette clause ne vise pas un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices.

11. Le présent contrat devra être interprété conformément aux lois de la province de la Nouvelle-Écosse.

Le litige porte sur l'interprétation de la clause 9.

Les deux parties avaient prévu que la plus grande partie du combustible de soute proviendrait de la raffinerie de Imperial à Dartmouth en Nouvelle-Écosse. A cet endroit, Imperial raffine le pétrole brut et obtient du gaz de pétrole liquéfié (butane et propane), de l'essence brute ou du naphtha, des distillats moyens (kérosène, lubrifiant pour moteur Diesel, huile de chauffe) et des résidus, c.-à-d. ce qui reste après l'évaporation de l'essence et des distillats moyens. A Dartmouth le résidu est réduit à du brai que l'on convertit en fuel-oil lourd en y ajoutant du distillat. L'objet du contrat porte précisément sur ce fuel-oil lourd.

Le pétrole brut raffiné par Imperial à Dartmouth est produit au Venezuela, en grande partie par Creole Petroleum Corporation, une filiale, comme Imperial, de Exxon Corporation. Pendant un certain temps Imperial a acheté le pétrole brut dont elle avait besoin à sa filiale, Albury Company

based in Bermuda, which crude oil had been purchased by Albury from Creole and Exxon International, a division of Exxon. Later the purchases were made by Imperial without the intervention of Albury.

As a result of increases in taxes or royalties, and the imposition of new taxes imposed by the Venezuelan government on crude oil production and export, the prices paid by Imperial to its vendors for the crude oil which it purchased commenced to rise in December of 1970, and rose further thereafter. Imperial sought to pass these additional costs on to Nova Scotia, claiming that it was entitled to do so by virtue of clause 9 of the agreement. Nova Scotia denied this obligation, and thereafter this action was brought by Imperial seeking their recovery.

This claim was dismissed by the trial judge, whose reasons are reported in (1975), 62 D.L.R. (3d) 91. His judgment was affirmed by the Appeal Division, and the reasons are reported in (1976), 16 A.P.R. 488. Both Courts decided that clause 9 contemplated only Canadian taxes, on the product, bunker fuel oil, borne by Imperial, and not by another company in the Exxon group.

I am in agreement with this conclusion and with the reasons given in the Courts below for reaching it. In my opinion the wording of clause 9 only contemplates a price increase (or decrease) to be payable by (or credited to) Nova Scotia in respect of a tax, duty, charge or fee imposed upon Imperial in respect of bunker fuel oil, or the production, manufacture, sale or delivery by Imperial of bunker fuel oil. It does not apply to increases in the cost price of crude oil purchased by Imperial under supply contracts negotiated with its subsidiary or affiliated companies.

A second claim of Imperial related to payments which it was required to make in respect of the Maritime Pollution Claims Fund Levy established on February 15, 1972, pursuant to an amendment to *The Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, amended by R.S.C. 1970, c. 27 (2nd. Supp.). This imposition required Imperial to pay, at the rate of

Limited, sise aux Bermudes, qui elle-même l'achetait à Creole et à Exxon International, une branche de Exxon. Par la suite, Imperial a fait ses achats directement sans passer par Albury.

Suite à des augmentations de taxes ou de redevances et à l'imposition de nouvelles taxes par le gouvernement du Venezuela sur la production et l'exportation du pétrole brut, le prix du pétrole brut payé par Imperial aux vendeurs a commencé à augmenter dès le mois de décembre 1970, hausse qui s'est poursuivie. Imperial a cherché à imputer ces coûts supplémentaires à Nova Scotia, prétendant qu'elle avait le droit de le faire en vertu de la clause 9 du contrat. Nova Scotia a nié cette obligation et, en conséquence, Imperial a intenté la présente action pour se faire rembourser.

Cette action a été rejetée par le juge de première instance, dont les motifs sont publiés à (1975), 62 D.L.R. (3d) 91. La Division d'appel a confirmé ce jugement dans des motifs publiés à (1976), 16 A.P.R. 488. Les deux tribunaux ont décidé que la clause 9 ne visait que les impôts canadiens sur le produit, le combustible de soute, assumés par Imperial et non pas par d'autres compagnies du groupe Exxon.

Je souscris à cette conclusion et aux motifs prononcés par les tribunaux d'instance inférieure. J'estime que le libellé de la clause 9 ne vise qu'une augmentation (ou réduction) du prix payable par (ou crédité à) Nova Scotia à l'égard des taxes, impôts, charges ou droits imposés à Imperial à l'égard du combustible de soute ou de la production, de la fabrication, de la vente ou de la livraison par Imperial dudit produit. La clause ne s'applique pas aux augmentations du prix coûtant du pétrole brut acheté par Imperial en vertu des contrats d'approvisionnement conclus avec ses filiales ou compagnies associées.

Imperial a réclamé également le remboursement des paiements qu'elle a dû faire à la Caisse des réclamations de la pollution maritime, établie le 15 février 1972, en vertu d'une modification de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, c. S-9, modifiée par S.R.C. 1970, c. 27 (2^e Supp.). En vertu de cette Loi, Imperial devait

15 cents per ton, not only for oil imported into Canada, but also for the movement of bunker fuel oil from the Dartmouth refinery to Nova Scotia's plants.

This claim was upheld by the trial judge.

Nova Scotia conceded the validity of this claim insofar as it related to the transportation to its plants from the Dartmouth refinery of "the product" bunker fuel oil, but contested by cross-appeal its liability in respect of the levy relating to imports by Imperial to its refinery. The Appeal Division allowed this cross-appeal, holding that, on its interpretation of clause 9 in respect of the primary claim, deliveries of crude oil to the refinery were not deliveries of "the product" and so were not within the application of the clause. With this conclusion I agree.

There is one further minor item involving a sum of \$7,050.20. This amount was deducted by the Appeal Division from the amount which Nova Scotia admitted to be owing to Imperial in respect of the Maritime Pollution Claims Fund Levy. On June 18, 1971, certain import duties on oil, which had existed when the contract was made, were eliminated. The Appeal Division allowed a deduction from the price payable by Nova Scotia to this extent. In the light of the reasoning applied in respect of the Maritime Pollution Claims Fund Levy, this deduction would not appear to be appropriate.

I would dismiss the appeal with costs, and would confirm the judgment of the Appeal Division subject to the deletion therefrom of that portion of the second paragraph which follows the figures, "\$170,621.15".

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Donald McInnes, Halifax.

Solicitor for the respondent: H. B. Rhude, Halifax.

verser 15 cents par tonne, non seulement sur le pétrole importé au Canada, mais également sur le combustible de soute transporté de la raffinerie de Dartmouth aux usines de Nova Scotia.

Le juge de première instance a accueilli cette demande.

Nova Scotia reconnaît la validité de cette réclamation en ce qui concerne le transport «du produit», le combustible de soute, de la raffinerie de Dartmouth à ses usines mais, par appel incident, a contesté son obligation relative aux contributions concernant l'importation jusqu'à la raffinerie d'Imperial. La Division d'appel a accueilli cet appel incident, jugeant que, vu son interprétation de la clause 9 à l'égard de la première réclamation, les livraisons de pétrole brut à la raffinerie ne constituaient pas des livraisons «du produit» et n'étaient en conséquence pas couvertes par la clause. Je partage cette conclusion.

Un dernier point reste à trancher concernant le montant de \$7,050.20. La Division d'appel a déduit cette somme du montant que Nova Scotia a reconnu devoir à Imperial pour les contributions à la Caisse des réclamations de la pollution maritime. Le 18 juin 1971, certains droits sur l'importation du pétrole, qui existaient à l'époque de la conclusion du contrat, ont été supprimés. La Division d'appel en a donc accordé la déduction du montant dû par Nova Scotia. A la lumière du raisonnement appliqué à l'égard de la Caisse des réclamations de la pollution maritime, cette déduction ne me semble pas appropriée.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de confirmer le jugement de la Division d'appel, sous réserve de la suppression de la partie du deuxième alinéa qui suit les chiffres, «\$170,621.15».

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Donald McInnes, Halifax.

Procureur de l'intimée: H. B. Rhude, Halifax.

Dome Petroleum Limited *Appellant;*

and

Public Utilities Board of the Province of Alberta and Canadian Superior Oil Ltd. *Respondents.*

1977: January 31.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Public utilities — Permits to remove propane from Alberta granted to appellant by Energy Resources Conservation Board — Jurisdiction of Public Utilities Board to infringe upon permits — Allocation plan requiring owners of certain gas utilities including appellant to supply propane to Alberta market upon terms imposed by Utilities Board — Board correct as matter of law in taking into account appellant's production of propane in a mix gathered for removal from Alberta — Compliance by Utilities Board with s. 8 of The Administrative Procedures Act, R.S.A. 1970, c. 2 — The Gas Resources Preservation Act, R.S.A. 1970, c. 157 — The Gas Utilities Act, R.S.A. 1970, c. 158, s. 27(e).

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, dismissing an appeal by the appellant from an order made by the respondent Board. Appeal dismissed.

C. D. O'Brien and J. D. B. MacDonald, for the appellant.

W. B. Gill, Q.C., for the Public Utilities Board.

T. Mayson, Q.C., for Canadian Superior Oil Ltd.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—The thorough argument submitted by counsel for the appellant has failed to persuade us that the judgment of the Appellate Division was wrong in law. The appeal is dismissed with costs.

¹ (1976), 2 A.R. 453.

Dome Petroleum Limited *Appelante;*

et

Public Utilities Board of the Province of Alberta et Canadian Superior Oil Ltd. *Intimées.*

1977: le 31 janvier.

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

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

Services publics — Permis de transporter du propane hors de l'Alberta, accordés à l'appelante par l'Energy Resources Conservation Board — Pouvoir de la Public Utilities Board d'empiéter sur les permis — Plan de répartition imposant aux propriétaires de certaines entreprises de gaz, dont l'appelante, d'approvisionner le marché de l'Alberta selon les conditions fixées par la Utilities Board — Utilities Board légalement justifiée à prendre en considération la quantité de propane produit par l'appelante dans un mélange destiné à être transporté hors de l'Alberta — Application par la Utilities Board des dispositions de l'art. 8 de The Administrative Procedures Act, R.S.A. 1970, c. 2 — The Gas Resources Preservation Act, R.S.A. 1970, c. 157 — The Gas Utilities Act, R.S.A. 1970, c. 158, art. 27e).

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta¹ rejetant l'appel interjeté par l'appelante d'une ordonnance rendue par la Utilities Board, intimée. Pourvoi rejeté.

C. D. O'Brien et J. D. B. MacDonald, pour l'appelante.

W. B. Gill, c.r., pour le Public Utilities Board.

T. Mayson, c.r., pour Canadian Superior Oil Ltd.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE MARTLAND—L'argumentation minutieuse présentée par l'avocat de l'appelante ne nous a pas convaincus que l'arrêt de la Division d'appel est mal fondé en droit. Le pourvoi est rejeté avec dépens.

¹ (1976), 2 A.R. 453.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Jones, Black & Co., Calgary.

Solicitors for the respondent, Public Utilities Board of the Province of Alberta: Gill, Cook, Calgary.

Solicitors for the respondent, Canadian Superior Oil Ltd.: Milner & Steer, Edmonton.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Jones, Black & Co., Calgary.

Procureurs de l'intimée, Public Utilities Board of the Province of Alberta: Gill, Cook, Calgary.

Procureurs de l'intimée, Canadian Superior Oil Ltd.: Milner & Steer, Edmonton.

William George McMillan *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1976: November 22; 1977: April 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Admissibility of rebuttal evidence — Psychiatric evidence as to probability of third party being perpetrator of offence — Limitation on admissibility and relevance — Right of Crown to cross-examine — Right of Crown to introduce rebuttal evidence of a like or related nature.

Appellant was found not guilty of the murder of his infant child. He confessed to the police to injuring the child to prevent it from crying but later at his trial testified that he had not injured the child and that he had only confessed in order to protect his wife. Both he and his wife denied knowing how the injuries were caused. At trial the defence was permitted to adduce psychiatric evidence as to the mental state of the wife tending to show that she was more probably the one who had injured the child. The trial judge did not however permit the Crown the right to full cross-examination of the psychiatrist or to call rebuttal evidence. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

While, in general, character evidence adduced by the defence must only be evidence of general reputation and evidence brought by the Crown in reply must be confined to similar evidence of general reputation, in the particular circumstances, appellant having given evidence and adduced evidence as to his mental and emotional condition, such evidence should have been subject to cross-examination. Further, by leading evidence as to his wife's mental condition he opened up his own mental and emotional condition for cross-examination and made admissible Crown expert psychiatric evidence in reply.

While the Crown argued that the trial judge should not have allowed the defence to adduce the psychiatric

William George McMillan *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1976: le 22 novembre; 1977: le 4 avril.

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

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité de la contre-preuve — Preuve psychiatrique sur la possibilité qu'un tiers ait commis l'infraction — Restrictions quant à l'admissibilité et la pertinence — Droit du ministère public de contre-interroger — Droit du ministère public de produire une contre-preuve de même nature ou du même genre.

L'appelant a été acquitté sur l'accusation de meurtre de son enfant. Il avait avoué à la police avoir blessé l'enfant alors qu'il essayait de l'empêcher de pleurer mais, à son procès, il a déclaré ne pas avoir blessé l'enfant et avoir fait cet aveu dans le seul but de protéger son épouse. Cette dernière et l'appelant affirment ne pas savoir comment les blessures se sont produites. Au procès, la défense fut autorisée à produire une preuve psychiatrique sur l'état mental de l'épouse tendant à montrer qu'il était plus probable que ce fût elle qui avait blessé l'enfant. Toutefois le juge du procès n'a pas autorisé le ministère public à procéder à un contre-interrogatoire complet du psychiatre ni à produire une contre-preuve. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et a ordonné un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

En général, un témoignage de moralité produit par la défense ne doit porter que sur une preuve de réputation générale et la preuve soumise par le ministère public doit se confiner au même genre de preuve. Toutefois, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'appelant ayant témoigné et soumis des preuves sur son état mental et émotionnel, cette preuve aurait dû faire l'objet d'un contre-interrogatoire. De plus, en soumettant une preuve sur l'état mental de son épouse, il a ouvert la porte au contre-interrogatoire par le ministère public sur son propre état mental et émotionnel et a rendu recevable la contre-preuve psychiatrique produite par le ministère public.

Le ministère public prétend que le juge du procès n'aurait pas dû autoriser la défense à produire la preuve

evidence as to the wife's mental state to indicate the probability that she had assaulted the child, for the reason given by the Court of Appeal, that Court was correct in affirming that the evidence was relevant and admissible, within the proper sphere of expert evidence and not excluded by a policy rule.

The question as to how far a defence may go in adducing evidence that some third party was by virtue of that party's mental or emotional state a more probable perpetrator than the accused is simply a question as to the relevance of the evidence. In the present case there can be no question as to relevance; the accused and his wife were alone in an apartment with the child at all relevant times; during a very large part of the time they were together with the child, and on occasions each of them was alone with the child.

Lowery v. The Queen, [1974] A.C. 85 referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ allowing an appeal from an acquittal verdict by a jury and directing a new trial on an indictment charging non-capital murder. Appeal dismissed.

Bernard Cugelman, for the appellant.

E. G. Hachborn, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal by the accused William George McMillan from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on February 14, 1975. By that judgment, the said Court of Appeal allowed an appeal by the Crown from McMillan's acquittal verdict by a jury upon an indictment charging non-capital murder.

The reasons for the Court of Appeal for Ontario were given by Mr. Justice Martin in a long and carefully detailed judgment which included a meticulous recital of the facts. That judgment has been reported in (1975), 7 O.R. (2d) 750, and I therefore am of the opinion that I need not repeat that detailed statement of facts.

The appeal to the Court of Appeal for Ontario by the Crown was under the provisions of s. 605(1)(a) of the *Criminal Code* and that section limits the appeal to "on any ground of appeal that

¹ (1975), 7 O.R. (2d) 750.

psychiatrique relative à l'état mental de l'épouse de l'appelant pour suggérer qu'elle avait pu se livrer à des voies de fait sur son enfant, mais la Cour d'appel a eu raison de conclure, selon les motifs donnés, que la preuve était pertinente et recevable, qu'elle entraînait dans le domaine de la preuve par expert et qu'aucune règle de principe ne l'excluait.

La question de savoir jusqu'où peut aller la défense pour démontrer qu'un tiers, en raison de son état mental et émotionnel, était plus probablement l'auteur du crime que l'accusé est une question de pertinence de la preuve. En l'espèce sa pertinence est certaine: l'accusé et son épouse étaient seuls avec l'enfant dans leur appartement pendant toute la période en cause; la plupart du temps ils étaient ensemble avec l'enfant, mais, à certaines occasions, l'un et l'autre s'est trouvé seul avec l'enfant.

Arrêt mentionné: *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ accueillant l'appel interjeté d'un verdict d'acquiescement prononcé par un jury et ordonnant un nouveau procès sous une accusation de meurtre non qualifié. Pourvoi rejeté.

Bernard Cugelman, pour l'appelant.

E. G. Hachborn, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Ce pourvoi, introduit par l'accusé William George McMillan, attaque l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 14 février 1975, accueillant l'appel du ministère public contre le verdict d'acquiescement prononcé par un jury, sur une accusation de meurtre non qualifié.

Les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario ont été exposés par le juge Martin dans un long jugement, soigneusement détaillé, qui comprend une relation méticuleuse des faits. Ce jugement a été publié dans (1975), 7 O.R. (2d) 750, et je n'ai donc pas besoin de reprendre les faits.

Le recours devant la Cour d'appel de l'Ontario par le ministère public fut introduit en vertu des dispositions de l'al. 605(1)a) du *Code criminel* qui limite le recours à «tout motif d'appel qui com-

¹ (1975), 7 O.R. (2d) 750.

involves a question of law alone". The notice of appeal sets out in its first three grounds those with which the appeal to that Court and to this Court are concerned and they are as follows:

1. The learned trial judge erred in admitting evidence concerning the mental state of the wife of the accused.
2. The learned trial judge erred in denying counsel for the Crown the right to full cross-examination.
3. The learned trial judge erred in rejecting reply evidence tendered by the Crown.

As will be seen from a perusal of Mr. Justice Martin's reasons, the Court of Appeal upheld the decision of the learned trial judge that the defence was permitted to adduce psychiatric evidence tending to show that Roberta Gayle McMillan, the wife of the accused, here appellant, was of such a psychiatric disposition as would make it more probable that she so assaulted her child as to cause the latter's death. Martin J.A. further held, here accepting the argument of the Crown, that the learned trial judge erred in not also permitting the Crown to cross-examine the same psychiatrist upon the psychiatric condition of the accused and that he further erred in refusing to permit the Crown to adduce in reply psychiatric evidence as to the mental condition of the said accused. The learned trial judge had based his ruling that the Crown could not proceed with the cross-examination or adduce such expert evidence upon the

very well established [principle that] where character evidence has been introduced by the accused or on behalf of the accused that should be general character evidence and on cross-examination and in reply the parameter must be confined to general reputation.

Martin J.A. was in agreement with the statement that in general character evidence adduced by the defence it must be only evidence of general reputation and that evidence adduced by the Crown in reply thereto must be confined to like evidence of general reputation. However, he was of the opinion, which I share, that in the particular circumstances of the present case the accused having given evidence and adduced evidence as to

porte une question de droit seulement». Les trois premiers moyens énoncés dans l'avis d'appel sont ceux qui ont été soumis à la Cour d'appel de l'Ontario et à cette Cour:

1. Le savant juge du procès a commis une erreur en jugeant recevable la preuve relative à l'état mental de l'épouse de l'accusé.
2. Le savant juge du procès a commis une erreur en refusant au substitut du procureur général le droit à un contre-interrogatoire complet.
3. Le savant juge du procès a commis une erreur en rejetant la contre-preuve soumise par le ministère public.

Il ressort des motifs du juge Martin que la Cour d'appel a confirmé la décision du savant juge du procès selon laquelle la défense pouvait produire la preuve psychiatrique tendant à montrer que Roberta Gayle McMillan, l'épouse de l'accusé, appelant aux présentes, souffrait d'une telle psychopathie qu'il était plus probable que ce fût elle qui ait commis des voies de fait sur son enfant et causé ainsi sa mort. Le juge Martin a de plus décidé, acceptant de ce fait l'argument du ministère public, que le savant juge du procès a commis une erreur en ne permettant pas de contre-interroger ledit psychiatre sur l'état psychiatrique de l'accusé et en refusant de permettre au ministère public de produire en réplique la preuve psychiatrique relative à l'état mental dudit accusé. Le savant juge du procès a fondé sa décision de ne pas autoriser le ministère public à procéder au contre-interrogatoire ni à invoquer cette expertise sur

[TRADUCTION] [le principe] bien établi selon lequel quand un témoignage de moralité est produit par l'accusé ou au nom de l'accusé, il faut qu'il s'agisse d'un témoignage de moralité générale et le contre-interrogatoire et la réplique doivent se limiter à la réputation générale.

Le juge Martin a convenu que dans un témoignage de moralité générale produit par la défense, il doit seulement s'agir d'une preuve de réputation générale et que la contre-preuve soumise par le ministère public doit se confiner au même genre de preuve. Toutefois, il est d'avis que dans les circonstances particulières de l'espèce, l'accusé ayant témoigné et soumis des preuves sur son état mental et émotionnel, cette preuve aurait dû faire l'objet

his mental and emotional condition such evidence should have been subject to cross-examination and, in addition, having adduced expert evidence as to his wife's mental condition, he opened up his own mental and emotional condition for cross-examination by the Crown and made admissible Crown expert psychiatric evidence in reply upon that subject.

Counsel for the Crown in this Court took the position that the learned trial judge had erred in allowing the defence to adduce as part of its defence psychiatric evidence that the wife of the accused was from her character and mental state a probable person to have committed the assault upon her child which caused the latter's death. As I have said, that was the position of the Crown in its appeal to the Court of Appeal for Ontario and Martin J.A., giving the reasons for that Court, concluded that such evidence was relevant and admissible holding that the psychiatric evidence was (a) relevant, (b) not excluded by a policy rule, and (c) that it fell within the proper sphere of expert evidence. I have perused with care the extensive reasons given by Martin J.A. and, despite the very able argument by counsel for the Crown made in this Court, feel that I may accept those reasons and I need not add thereto.

There is, of course, a question as to how far the defence may go in adducing evidence that some third party was, by virtue of that party's mental or emotional state, a more probable perpetrator than the accused. In my view, that is simply a question as to the relevance of the evidence. There would be no probative value in the evidence that some other person quite unconnected with the circumstances surrounding the charge might because of his or her mental or emotional state be a more probable person to have committed the crime. That situation is not reflected in the present circumstances. Here, the accused and his wife were alone in their apartment with this child at all relevant times. During a very large part of the time, they were together with the child but there were occasions when the accused was alone with the child and there was at least one occasion when the mother, the wife of the accused, was alone with the child. The evidence which under other circumstances

d'un contre-interrogatoire et, de plus, ayant fourni une preuve par expert sur l'état mental de son épouse, il a ouvert la porte au contre-interrogatoire par le ministère public sur son propre état mental et émotionnel et a rendu recevable la contre-preuve psychiatrique produite par le ministère public à ce sujet. J'abonde dans ce sens.

Devant cette Cour, le ministère public soutient que le savant juge du procès a commis une erreur en permettant à la défense d'alléguer, au titre de la preuve psychiatrique, que l'épouse de l'accusé, en raison de son état mental et de ses antécédents, pouvait s'être livrée à des voies de fait sur son enfant, entraînant sa mort. Comme je l'ai dit, c'était la thèse du ministère public dans son appel devant la Cour d'appel de l'Ontario et le juge Martin, exposant les motifs de la Cour, a conclu qu'une telle preuve est pertinente et recevable et a) que la preuve psychiatrique est pertinente, b) qu'aucune règle de principe ne l'exclut et c) qu'elle entre dans le domaine de la preuve par expert. J'ai examiné avec soin les longs motifs du juge Martin et, en dépit de l'excellente plaidoirie du ministère public devant cette Cour, j'estime pouvoir accepter ces motifs et ne rien y ajouter.

Évidemment, il reste à déterminer jusqu'où peut aller la défense pour démontrer qu'un tiers, en raison de son état mental et émotionnel, est plus probablement l'auteur du crime que l'accusé. C'est là, selon moi, une simple question de pertinence de la preuve. La preuve qu'une personne sans lien avec les circonstances entourant l'inculpation pourrait, à cause de son état mental ou émotionnel, être plus probablement l'auteur du crime n'aurait aucune valeur. Ce n'est pas le cas en l'espèce. L'accusé et son épouse étaient seuls avec leur enfant dans leur appartement pendant toute la période en cause. La plupart du temps, ils étaient ensemble avec l'enfant, mais, à certaines occasions, l'accusé s'est trouvé seul avec l'enfant et, au moins une fois, la mère, l'épouse de l'accusé, s'est trouvée seule avec l'enfant. Une preuve qui, en d'autres circonstances serait tout à fait hors de propos et sans valeur probante, devient très pertinente et d'une grande valeur probante dans pareil cas. Le

might be quite irrelevant and have no probative value under such circumstances becomes very relevant and of high probative value. An illustration in which it was so considered by the Privy Council is that discussed by Martin J.A., *i.e.*, *Lowery v. The Queen*². Lord Morris of Borth-y-Gest at p. 102 adopted what had been said by the Court of Criminal Appeals of Victoria as follows:

It is, we think, one thing to say that such evidence is excluded when tendered by the Crown in proof of guilt, but quite another to say that it is excluded when tendered by the accused in disproof of his own guilt. We see no reason of policy or fairness which justifies or requires the exclusion of evidence relevant to prove the innocence of an accused person.

I further agree with Martin J.A. that when such evidence is adduced by the defence there is no policy preventing its admission such as the requirement of fairness to the accused which applies to prevent its being adduced by the Crown. Certainly the psychiatric evidence given in this case by Dr. Cooper was expert evidence upon a subject which was not within the knowledge of the ordinary citizen. I am, therefore, not ready to accede to the first proposition advanced by counsel for the Crown and I am of the view that the Court of Appeal for Ontario were correct in refusing to hold that the learned trial judge had erred in permitting the adducing by the defence of the evidence of Dr. Cooper as to the mental and emotional state of the wife of the accused. The fact that the counsel for the accused had called the said wife as a witness for the defence did not bar the production of such evidence.

The appellant here contends, however, that the Court of Appeal for Ontario erred when it held that the learned trial judge should have permitted the cross-examination by the Crown of the same defence witness, Dr. Cooper, as to the mental and emotional state of the accused. Dr. Cooper had seen the accused on two occasions. The second occasion was during the trial, was momentary and was not the subject of any particular discussion during the *voir dire* held by the learned trial judge. On the first occasion, Dr. Cooper had examined

² [1974] A.C. 85.

Conseil privé a admis ce point de vue dans une affaire étudiée par le juge Martin, savoir, *Lowery v. The Queen*². Lord Morris of Borth-y-Gest, à la p. 102, a adopté ce qu'a dit la Cour d'appel de l'État de Victoria siégeant en matière criminelle.

[TRADUCTION] Nous croyons que c'est une chose de dire qu'une telle preuve est exclue quand elle est invoquée par le ministère public comme preuve de culpabilité et toute autre chose de dire qu'elle est exclue quand elle est invoquée par l'accusé pour prouver son innocence. Nous ne voyons aucune raison de principe ou d'équité qui justifie ou exige l'exclusion d'une preuve pertinente tendant à établir l'innocence d'un accusé.

De plus, je suis d'accord avec le juge Martin que lorsque pareille preuve est produite par la défense, il n'y a pas de principe qui s'oppose à sa recevabilité, telle l'exigence d'équité à l'égard de l'accusé qui s'applique pour empêcher qu'elle soit invoquée par le ministère public. Indubitablement, la preuve psychiatrique fournie en l'espèce par le docteur Cooper est une preuve d'expert sur un sujet qui n'est pas à la portée de tous. Par conséquent, je ne suis pas prêt à accepter le premier argument avancé par le ministère public et je suis d'avis que la Cour d'appel de l'Ontario a eu raison de refuser de statuer que le savant juge du procès avait commis une erreur en permettant à la défense de produire le témoignage du docteur Cooper au sujet de l'état mental et émotionnel de l'épouse de l'accusé. Le fait que l'avocat de l'accusé avait appelé ladite épouse comme témoin à décharge n'exclut pas la production de cette preuve.

L'appelant en l'espèce prétend toutefois que la Cour d'appel de l'Ontario a eu tort de statuer que le savant juge du procès aurait dû autoriser le contre-interrogatoire par le ministère public dudit témoin de la défense, le docteur Cooper, quant à l'état mental et émotionnel de l'accusé. Ce dernier a vu l'accusé à deux reprises. La seconde fois, pendant le procès, il ne l'a vu que d'une façon momentanée et cette entrevue n'a pas fait l'objet d'une discussion particulière pendant le «*voir dire*» tenu par le savant juge du procès. La première

² [1974] A.C. 85.

the accused in the jail at Toronto to "make an assessment of him". No defence of insanity was advanced at the trial. In giving evidence upon the *voir dire* held by the learned trial judge, Dr. Cooper in his answers to cross-examination revealed this earlier visit to the accused and expressed the opinion that the accused, as well as his wife, was a psychopath but a psychopath of a different type, one which he called an "inadequate psychopath, someone who is not physically dangerous". It was this evidence which counsel for the Crown sought to make the basis for his cross-examination of Dr. Cooper and which the learned trial judge excluded for the reason I have outlined above.

In dealing with this question, Martin J.A. said:

In my view, the entire nature of the defence involved an assertion that the respondent was a person of normal mental make-up. In those circumstances, Crown counsel was entitled to show, if he could, that there were two persons present in the house who were psychopaths, not one. Any other conclusion would permit an accused to present an entirely distorted picture to the jury. The respondent, having introduced psychiatric evidence to show that it was more probable that his wife had caused the injuries to the child than that he had caused them, because he lacked her dangerous characteristics, lost his protection, in the circumstances of this case, against having his own mental make-up revealed to the jury.

I can see no answer to that conclusion. It would be obviously improper to permit an accused man to put in issue (a) his own calm and normal disposition, and (b) the psychiatric condition of his wife, by expert evidence and then prevent the cross-examination of that evidence by reliance upon any principle that character evidence had to be only that of general reputation. The expert evidence adduced by the defence from Dr. Cooper as to the mental and emotional state of the wife was not character evidence in the ordinary sense but was evidence to show a psychical propensity for the obvious violent assault which caused the death of her child. It was adduced by the defence. The evidence which the Crown sought from Dr. Cooper by cross-examination was exactly the same kind of evidence as to the mental and emotional state of the accused and was intended to meet the

fois, le docteur Cooper avait examiné l'accusé à la prison de Toronto pour l'évaluer. L'aliénation mentale n'a pas été invoquée en défense au procès. Alors qu'il a témoigné au *voir dire* tenu par le savant juge du procès, le docteur Cooper a révélé, dans ses réponses au contre-interrogatoire, sa visite précédente à l'accusé et a exprimé l'opinion que ce dernier, tout comme son épouse, était psychopathe, mais un psychopathe d'un type particulier, qu'il a qualifié de [TRADUCTION] «psychopathe inadapté, quelqu'un qui n'est pas physiquement dangereux». C'est sur ce témoignage que le ministère public a cherché à fonder son contre-interrogatoire du docteur Cooper, que le savant juge du procès a exclu pour le motif indiqué ci-dessus.

En traitant de cette question, le juge Martin a dit:

[TRADUCTION] A mon avis, le système entier de la défense repose sur l'affirmation que l'état mental de l'intimé est normal. Dans ces circonstances, le ministère public a le droit de démontrer, s'il le peut, qu'il y avait dans la maison deux psychopathes et non un seul. Toute autre conclusion permettrait à l'accusé de présenter au jury une image complètement déformée. Ayant produit une preuve psychiatrique pour montrer qu'il était plus probable que son épouse ait causé les blessures à l'enfant plutôt que lui-même, parce qu'il n'avait pas les caractéristiques dangereuses qu'elle possédait, l'intimé ne peut plus empêcher, dans ces circonstances, la révélation de son propre état mental au jury.

Il n'y a rien à répondre à cela. Il ne serait évidemment pas normal de permettre à un accusé de faire valoir a) son propre caractère calme et normal et b) la psychopathie de son épouse, par le témoignage d'un expert, et ensuite d'empêcher le contre-interrogatoire de ce témoin en vertu du principe selon lequel une preuve de moralité doit porter uniquement sur la réputation générale. Le témoignage du docteur Cooper, produit par la défense, quant à l'état mental et émotionnel de l'épouse n'était pas une preuve de moralité au sens ordinaire, mais tendait à montrer une propension psychique aux actes de violence qui ont causé la mort de l'enfant. Elle a été produite par la défense. La preuve recherchée par le ministère public dans le contre-interrogatoire du docteur Cooper était tout à fait du même genre, visant l'état mental et émotionnel de l'accusé, dans le but de réfuter la

accused's own evidence that he was of a normal mental make-up. Once the accused gave that evidence and adduced the expert evidence of Dr. Cooper as to his wife's condition, there could be no impropriety in permitting that witness to be cross-examined as to his rather fortuitous knowledge of the mental and emotional state of the accused who had just testified to his own normality.

It was the opinion of Martin J.A. that the refusal to permit such cross-examination of Dr. Cooper did not result in any particular miscarriage of justice as, had such cross-examination been allowed to proceed, it would have been unlikely to have affected the verdict. Dr. Cooper's opinion was that the accused man was of such a type of psychopath as not to be one of dangerous propensity. I am of the opinion that the Crown was entitled to do its best upon such a cross-examination and should be entitled to cross-examine on the new trial which was directed by the Court of Appeal.

There remains the issue as to whether the learned trial judge was correct in not only refusing to permit cross-examination of Dr. Cooper as to the accused man's mental and emotional condition but also his refusal to permit the Crown to call other psychiatric evidence available to it upon the same subject. It was this latter refusal which Martin J.A. found justified the direction for a new trial which, as I have said, was the course directed by the judgment for the Court of Appeal for Ontario.

It happened that the Provincial Court Judge had remanded the accused for a mental assessment in connection with the charge of manslaughter then pending against the accused and arising out of the same circumstances upon which the accused was later tried for non-capital murder. This examination was carried out by a Dr. Common. The report thereon by Dr. Common stated that the accused was mentally fit to stand trial and made certain references to his personality traits. Since the main purpose of the examination and report was to consider the issue of fitness to stand trial, the report was far from conclusive as to whether personality traits rendered it more probable that the accused had assaulted his child causing her death rather than had the mother of the child. It was the

propre preuve de l'accusé tendant à démontrer qu'il était mentalement normal. Une fois que l'accusé avait fourni cette preuve et invoqué le témoignage du docteur Cooper sur l'état de son épouse, il convenait de permettre le contre-interrogatoire de ce témoin sur sa connaissance plutôt fortuite de l'état mental et émotionnel de l'accusé qui venait de témoigner sur son propre équilibre mental.

Le juge Martin est d'avis que le refus d'autoriser le contre-interrogatoire du docteur Cooper à ce sujet n'a pas entraîné de déni de justice particulier parce que, si ce contre-interrogatoire avait été autorisé, il n'aurait probablement pas modifié le verdict. L'opinion du docteur Cooper était que l'accusé appartenait à un type de psychopathes inoffensifs. Je suis d'avis que le ministère public avait le droit de tirer le meilleur parti possible d'un contre-interrogatoire et devrait avoir le droit de l'effectuer au cours du nouveau procès ordonné par la Cour d'appel.

Il reste la question de savoir si le savant juge du procès a eu raison non seulement de refuser d'autoriser le contre-interrogatoire du docteur Cooper sur l'état mental et émotionnel de l'accusé, mais aussi de ne pas autoriser le ministère public à présenter les autres preuves psychiatriques, dont il disposait à ce sujet. C'est ce dernier refus qui, selon le juge Martin, justifie un nouveau procès comme l'a effectivement ordonné l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario.

Il se trouve que le juge de la Cour provinciale avait remis le procès pour que l'accusé subisse un examen psychiatrique relativement à l'accusation d'homicide involontaire coupable alors pendante contre lui et résultant des circonstances pour lesquelles il a ensuite été poursuivi pour meurtre non qualifié. Cet examen a été fait par le docteur Common. Dans son rapport, ce dernier a déclaré que l'accusé était mentalement en état de subir un procès et a fait certaines déclarations sur sa personnalité. Vu que le but principal de l'examen était l'évaluation de l'aptitude à subir un procès, le rapport et les remarques sur sa personnalité étaient loin d'être concluants sur la question de savoir s'il était plus probable que ce fût l'accusé et non la mère qui s'était livré à des voies de fait sur l'enfant

evidence of Dr. Common and perhaps other psychiatric evidence that the Crown sought to adduce in reply. In my view, the admissibility of this evidence is exactly on the same basis as the right of the Crown to cross-examine the witness Dr. Cooper. The accused had put at issue his own mental and emotional state. The learned trial judge remarked:

After all, there is a great deal of evidence in that this is a very gentle man who loves his child very dearly. It was a proud father. This recurs in the evidence and I should have thought that—that opens the door to you to have said “Well we have evidence that this is not so”.

The accused had also been permitted to adduce evidence that the mental and emotional condition of his wife would make it probable that she could have committed the assault which resulted in the child's death. To refuse to grant the right to meet that combination of testimony with psychiatric evidence that the accused himself exhibited like propensities did, as Martin J.A. remarked, permit the accused to present an entirely distorted picture to the jury. I, therefore, am of the opinion, with respect, that Martin J.A. was correct in his view that the Crown should have been permitted to adduce such psychiatric evidence in reply and that the refusal to do so could well have resulted in a miscarriage of justice.

In the result, I would dismiss the appeal and affirm the judgment of the Court of Appeal for Ontario directing a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Bernard Cugelman, Toronto.

Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.

et avait causé sa mort. C'est le témoignage du docteur Common et peut-être d'autres éléments de preuve psychiatrique que le ministère public a cherché à présenter en réplique. Selon moi, la recevabilité de cette preuve a exactement le même fondement que le droit du ministère public de contre-interroger le docteur Cooper. L'accusé a soulevé la question de sa santé mentale et émotionnelle. Le savant juge du procès a fait la remarque suivante:

[TRADUCTION] Après tout, la preuve indique amplement que c'est un homme très doux qui aimait beaucoup son enfant. Il était fier de son enfant. Ce thème se répète dans la preuve et j'estime que cela vous ouvre la voie pour dire: «Nous pouvons prouver le contraire».

On a aussi autorisé l'accusé à produire la preuve tendant à montrer que l'état mental et émotionnel de son épouse faisait qu'il était probable que ce soit elle qui avait commis les voies de fait et causé la mort de l'enfant. Le refus d'accorder le droit de réfuter cette combinaison de témoignages par une preuve psychiatrique démontrant que l'accusé lui-même présentait des tendances similaires, a permis à ce dernier, comme le juge Martin l'a souligné, de présenter une image complètement déformée au jury. Je suis donc d'avis, avec égards, que le juge Martin a eu raison de conclure que le ministère public aurait dû être autorisé à produire cette preuve psychiatrique en réplique et que le refus a bien pu aboutir à un déni de justice.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario ordonnant un nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Bernard Cugelman, Toronto.

Procureur de l'intimée: Ministère du procureur général de l'Ontario, Toronto.

Robert Wayne MacDonald *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1977: February 14; 1977: April 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Murder — Fatal shootings not actually carried out by appellant — Responsibility as a party to the offences — Possible inadequacy in direction to jury — Verdict of guilt inevitable — No reduction to manslaughter — Criminal Code, ss. 21, 307, 613(1)(b)(iii) and 623(1).

Appellant and one Pentiluk were jointly indicted for the non-capital murder of Derek Hannan and Gregory Plytas. Appellant had driven Pentiluk, on Pentiluk's directions, to the address at which the murders were committed, according to appellant's own statement, to beat up Hannan, who had earlier been thrown by Pentiluk from an apartment balcony. According to his statement appellant remained in the car while Pentiluk entered the house with a shot gun in order to bring Hannan out to the street so that appellant could fight him: While in the house Pentiluk shot and killed Hannan and Plytas. There was however other evidence to the effect that appellant had entered the house with Pentiluk and that it was appellant who provided the murder weapon and ammunition. Both the accused were convicted of non-capital murder. In his charge the trial judge read s. 21 of the *Criminal Code* and then stated the theory of the Crown that appellant had aided and abetted Pentiluk by supplying the gun and ammunition and by driving Pentiluk to the scene and had been engaged with Pentiluk in a common unlawful purpose. The judge thereafter drew the attention of the jury to s. 307 of the *Code*, entering a dwelling-house with intent and stated that the theory of the defence was, in part, that appellant did not know that a killing might result. The Court of Appeal affirmed the conviction of Pentiluk and, while finding defects in the direction to the jury on the responsibility of the appellant as a party to the offences under s. 21, nonetheless upheld the conviction of the appellant, on the ground that a reasonable jury properly instructed would on the evidence have inevitably convicted, invoking the curative provision of s.

Robert Wayne MacDonald *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1977: le 14 février; 1977: le 4 avril.

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

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

Droit criminel — Meurtre — Les coups de feu meurtriers n'ont pas été tirés par l'appellant — Responsabilité à titre de partie aux infractions — Erreur possible dans les directives au jury — Verdict de culpabilité inévitable — Pas de réduction à homicide involontaire coupable — Code criminel, art. 21, 307, 613(1)(b)(iii) et 623(1).

L'appellant et un certain Pentiluk ont conjointement été inculpés des meurtres non qualifiés de Derek Hannan et Gregory Plytas. L'appellant avait conduit Pentiluk, sur les instructions de ce dernier, à l'endroit où les meurtres ont été commis, selon la déclaration de l'appellant, afin de donner une correction à Hannan, qu'un peu plus tôt dans la soirée Pentiluk avait poussé par-dessus la balustrade du balcon d'un immeuble. Selon sa déclaration, l'appellant est resté dans la voiture pendant que Pentiluk entrait dans la maison, avec un fusil, afin d'amener Hannan dans la rue pour que l'appellant se batte avec lui. Alors qu'il était dans la maison Pentiluk tua Hannan et Plytas à coups de fusil. Toutefois d'autres témoignages montrent que l'appellant était entré dans la maison avec Pentiluk et que c'était l'appellant qui avait fourni l'arme du crime et les munitions. Les deux accusés ont été déclarés coupables de meurtre non qualifié. Dans ses directives, le juge du procès a lu l'art. 21 du *Code criminel* et a ensuite exposé la thèse du ministère public selon laquelle l'appellant a aidé et encouragé Pentiluk en fournissant le fusil et les munitions et en conduisant Pentiluk sur les lieux, et qu'il avait formé avec Pentiluk le projet de poursuivre une fin commune illégale. Le juge ensuite a attiré l'attention du jury sur l'art. 307 du *Code*, traitant de l'infraction qui consiste à entrer dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre un acte criminel, et il a expliqué que la thèse de la défense consistait partiellement à dire que l'appellant ne savait pas qu'un meurtre pouvait en résulter. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité de Pentiluk et, après avoir relevé les directives inadéquates données au jury sur la responsabi-

613(1)(b)(iii) to dismiss the appeal. Appellant further appealed, with leave.

Held (Laskin C.J. and Dickson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: While the judge's charge was not as complete or as clear as might be desired, the jury was made fully aware of the issues. On the issue of aiding and abetting, under s. 21(1)(b) and (c), there was evidence that appellant supplied the gun and ammunition, that he drove Pentiluk to the scene of the crime, and that he was in the house with Pentiluk when and where the offences occurred. On the issue of s. 21(2), common unlawful purpose, the only unlawful common purpose mentioned in the direction to the jury was that appellant and Pentiluk entered a dwelling house, with the intent to commit an indictable offence. The trial judge could have gone further on the evidence and pointed out that appellant and Pentiluk went to the house armed with a shotgun, in a common unlawful purpose to inflict violence on Hannan.

Per Laskin C.J. and Dickson J. *dissenting*: Nowhere in the direction did the trial judge explain to the jury what must be found before they could decide whether appellant was a party to the murders under s. 21(1)(b) or (c). Where it is sought to inculcate a person by association of a particular kind, as provided by s. 21(1)(b)(c), it is necessary that the basis for such inculpation be clearly put to the jury. With reference to s. 21(2), there was no direction to impress upon the jury that if they found a common intention to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and an offence was committed in carrying it out, it was necessary that the Crown pursue beyond a reasonable doubt that appellant knew or ought to have known that its commission would be a *probable* consequence of carrying out the unlawful common purpose. Fatal misdirection and non-direction, considered in relation to conflict of evidence, made it impossible to apply the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii).

On a new trial, appellant would not likely escape any conviction, but there is evidence on which a jury proper-

lité de l'appelant en tant que partie aux infractions, en vertu de l'art. 21, a cependant confirmé la déclaration de culpabilité de l'appelant, au motif qu'un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n'aurait pu, compte tenu de la preuve, faire autrement que de rendre un verdict de culpabilité, invoquant en outre les dispositions correctives du sous-al. 613(1)(b)(iii) pour rejeter l'appel. L'appelant interjette ce pourvoi, sur autorisation.

Arrêt (le juge en chef Laskin et le juge Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Les directives n'étaient pas aussi complètes ni aussi claires qu'il aurait été souhaitable, mais le jury était pleinement saisi de tous les points litigieux à trancher. En ce qui concerne la question de l'aide et de l'encouragement à commettre une infraction, aux termes des al. 21(1)(b) et (c), la preuve montrait que l'appelant avait fourni le fusil et les munitions, qu'il avait conduit Pentiluk sur les lieux du crime et qu'il se trouvait dans la maison avec Pentiluk lorsque les infractions ont été commises. Quant au par. 21(2), portant sur la poursuite d'une fin illégale commune, la seule fin illégale commune mentionnée dans les directives au jury était que l'appelant et Pentiluk étaient entrés dans une maison, avec l'intention de commettre une infraction criminelle. Le juge aurait pu faire davantage et souligner que l'appelant et Pentiluk s'étaient rendus dans cette maison, armés d'un fusil, avec pour fin commune de commettre des voies de fait sur Hannan.

Le juge en chef Laskin et le juge Dickson *dissent*: Jamais dans ses directives le juge du procès n'a expliqué au jury à quelle conclusion il devait parvenir avant de décider si l'appelant était partie au meurtre en vertu des al. 21(1)(b) ou (c). Lorsqu'on cherche à inculper une personne pour complicité aux termes des al. 21(1)(b) et (c), il faut expliquer clairement au jury le fondement d'une telle inculpation. En ce qui concerne le par. 21(2), aucune directive n'indiquait au jury que s'il concluait à l'intention commune de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider, et qu'en fait une infraction avait été commise dans la réalisation de cette intention commune, il était en outre nécessaire que la Couronne démontre au-delà de tout doute raisonnable que l'appelant savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence *probable* cette infraction. Compte tenu des témoignages discordants, l'absence de directives et les directives erronées rendent impossible l'application en l'espèce du remède prévu au sous-al. 613(1)(b)(iii).

S'il y avait un nouveau procès, il est fort probable que MacDonald serait déclaré coupable, mais la preuve est

ly instructed, would more likely find appellant guilty of manslaughter than of murder. The Court should substitute a verdict of manslaughter. There is no incongruity in finding appellant guilty of manslaughter, although the principal offender has been found guilty of murder in the same transaction.

An appellate Court may substitute a conviction of an included offence of manslaughter, where it is satisfied that an element of support for a conviction of murder is missing, but, without it, there is still a basis for a conviction of manslaughter.

[*R. v. Dick*, [1947] O.R. 105; *R. v. Reid* (1975), 62 Cr. App. R. 109; *R. v. Nantais*, [1966] 2 O.R. 246, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal from convictions by Keith J. with a jury on charges of non-capital murder. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Dickson J. dissenting.

Alan Gold, for the appellant.

David Watt, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Dickson J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—The appellant was convicted on two counts of murder of two named persons who were shot and killed by his co-accused, one Pentiluk. Both accused appealed to the Ontario Court of Appeal which affirmed their convictions in a unanimous judgment delivered by Martin J.A. The appellant MacDonald obtained leave to come to this Court. Although the relief claimed on his behalf in the factum of counsel was a new trial, the submissions by his counsel and by counsel for the Crown at the hearing made it evident that either the conviction should be affirmed or this Court should substitute a verdict of manslaughter. Its power to do so under ss. 613 and 623(1) of the *Criminal Code* was not challenged.

¹ (1974), 21 C.C.C. (2d) 87, *sub nom. R. v. Pentiluk and MacDonald*.

telle qu'un jury, ayant reçu les directives appropriées, pourrait déclarer l'appelant coupable d'homicide involontaire coupable plutôt que de meurtre. La Cour devrait donc substituer un verdict d'homicide involontaire coupable. Il n'est pas illogique de déclarer l'appelant coupable d'homicide involontaire coupable même si l'auteur principal de l'infraction a été déclaré coupable de meurtre pour le même crime.

Une cour d'appel peut remplacer une déclaration de culpabilité pour meurtre par une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable, infraction comprise dans l'inculpation, lorsqu'elle est convaincue qu'il manque un des éléments essentiels à la première, mais que même sans cet élément, la deuxième reste fondée.

[Arrêts mentionnés: *R. v. Dick*, [1947] O.R. 105; *R. v. Reid* (1975), 62 Cr. App. R. 109; *R. v. Nantais*, [1966] 2 O.R. 246.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ rejetant un appel des déclarations de culpabilité prononcées par le juge Keith et un jury sur des accusations de meurtre non qualifié. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Dickson étant dissidents.

Alan Gold, pour l'appelant.

David Watt, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Dickson a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissent*)—L'appelant a été déclaré coupable du meurtre de deux personnes abattues par son coaccusé, un nommé Pentiluk. Par la voix du juge Martin, la Cour d'appel de l'Ontario a unanimement confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre ces deux accusés. L'appelant MacDonald a été autorisé à se pourvoir devant cette Cour. Bien qu'il demande un nouveau procès dans le factum déposé en son nom, les plaidoiries de son avocat et du substitut du procureur général ont clairement indiqué que l'on demande en fait à cette Cour de confirmer la déclaration de culpabilité ou d'y substituer un verdict d'homicide involontaire coupable. Le pouvoir de ce faire en vertu de l'art. 613 et du par. 623(1) du *Code criminel* n'a pas été contesté.

¹ (1974), 21 C.C.C. (2d) 87, *sub nom. R. v. Pentiluk and MacDonald*.

There is no doubt that the Crown's case against MacDonald was a formidable one. There is also no doubt that the trial judge erred in very important respect in his charge to the jury to the prejudice of the accused. This was not seriously challenged by Crown counsel who, however, supported the view taken by Martin J.A. that the case was an appropriate one for the application of the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

The appellant did not do the fatal shooting. However, he accompanied his co-accused to the place where the shooting occurred and, indeed, took the co-accused to that place in his car, and was aware before the shooting that the co-accused had a shotgun with him. Hence, the liability of the appellant to conviction depends on the application of s. 21 of the *Criminal Code*. This section reads as follows:

- 21. (1)** Every one is a party to an offence who
- (a) actually commits it,
 - (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it,
 - or
 - (c) abets any person in committing it.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

Pentiluk had been involved in a fight at the residence of one Helen Platt in Toronto. He and three others were uninvited guests at a party being held at that residence. Pentiluk had an altercation with Mrs. Platt's brother, Derek Hannan, hitting him over the head with a board and then pushing him through the railing of a second floor balcony on to the ground below. Mrs. Platt in retaliation struck Pentiluk twice on the back and then one Plytas, who had come with Pentiluk, stepped between them. Pentiluk left with the two others who had come with him, Plytas remaining behind. They drove to the appellant's residence and were admitted by the latter's common law wife. The appellant was not home at the time but arrived

Il ne fait aucun doute que la poursuite contre MacDonald repose sur des bases solides. Il est tout aussi évident que le juge de première instance, dans ses directives au jury, a commis des erreurs sérieuses et préjudiciables à l'accusé. Cela n'est pas contesté par le substitut du procureur général qui appuie toutefois le point de vue du juge Martin selon lequel il s'agit d'un cas où il y a lieu d'appliquer le remède prévu au sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

L'appelant n'a pas tiré les coups de feu fatals. Toutefois, il a accompagné son coaccusé à l'endroit où la fusillade a eu lieu et il l'y a même conduit dans son automobile; de plus, il savait avant la fusillade que son coaccusé était armé d'un fusil. Le sort de l'appelant dépend donc de l'application de l'art. 21 du *Code criminel* que voici:

- 21. (1)** Est partie à une infraction quiconque
- a) la commet réellement,
 - b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre,
 - ou
 - c) encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entr'aider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction.

Pentiluk avait été mêlé à une bagarre chez une nommée Helen Platt à Toronto. Pentiluk et trois autres personnes se trouvaient à une fête donnée à cet endroit, sans y avoir été invités. Au cours d'une altercation l'opposant à Derek Hannan, le frère de M^{me} Platt, il a frappé ce dernier à la tête avec une planche puis l'a poussé par-dessus la balustrade du balcon du 2^e étage. M^{me} Platt a riposté en frappant Pentiluk dans le dos à deux reprises avant que n'intervienne pour les séparer un nommé Plytas, un des compagnons de Pentiluk. Pentiluk a ensuite quitté les lieux en compagnie de ses deux autres compagnons, laissant Plytas derrière lui. Ils se sont rendus chez l'appelant, dont la concubine les a reçus. L'appelant n'était pas chez lui à ce

soon after. In a voluntary statement made after his arrest, the appellant said that Pentiluk asked him to beat up Hannan and he agreed to do so, and drove with Pentiluk, at the latter's direction, to the Platt residence.

On arrival (according to the appellant's statement) Pentiluk took a shotgun from the trunk of the car, saying that he wanted it to force Hannan to come out and fight with the appellant. Pentiluk entered the house and the appellant said he heard two shots in rapid succession, followed by a third whereupon he ran into the house and up the stairs and said to Pentiluk "Let's get out of here". They ran out and the appellant drove away with Pentiluk. Other evidence disclosed that Hannan had been shot and killed while speaking on the telephone, that Plytas had been shot in the living room, receiving wounds from which he later died and that Mrs. Platt had been badly wounded by a third shot fired by Pentiluk.

There was evidence from which a jury could find that the gun used by Pentiluk came from the appellant's apartment and was even supplied by the appellant, and there was also evidence from which the jury could find that Pentiluk was accompanied by the appellant when he entered the Platt residence with the gun and began shooting. However, since the appellant's complicity in the murders depends on whether s. 21(1)(b) or (c) or s. 21(2) applied to engage his culpability, I think an appellate Court should be very hesitant to apply the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) if there has been misdirection on those implicating provisions when the misdirection (as I think it does here) relates directly to factual assessments which could take on a different complexion if the jury had been properly charged.

In charging the jury with respect to the appellant MacDonald, the trial judge read to them the whole of s. 21 but nowhere in the charge did he explain to them what must be found before they could decide whether the appellant was a party to

moment-là, mais est arrivé peu après. Dans une déclaration volontaire faite après son arrestation, l'appellant a dit que Pentiluk lui avait demandé de donner une correction à Hannan et qu'il avait accepté; il s'est donc rendu chez M^{me} Platt en compagnie de Pentiluk, qui lui indiquait la route à suivre.

A leur arrivée (selon la déclaration de l'appellant), Pentiluk a tiré du coffre de l'automobile un fusil qu'il voulait utiliser, a-t-il dit, pour forcer Hannan à sortir pour se battre avec l'appellant. Pentiluk est entré dans la maison et l'appellant dit avoir entendu deux coups de feu, coup sur coup, suivis d'un troisième; l'appellant s'est alors précipité dans la maison, a grimpé l'escalier et dit à Pentiluk [TRADUCTION] «Sortons d'ici». Ils sont sortis en courant et ont pris la fuite dans l'automobile de l'appellant. D'autres preuves ont révélé que Hannan a été abattu alors qu'il parlait au téléphone, que Plytas a été touché dans la salle de séjour, et est mort peu après des suites de ses blessures, et que M^{me} Platt a été grièvement blessée par le troisième coup de feu tiré par Pentiluk.

La preuve a permis au jury de conclure que le fusil employé par Pentiluk provenait de l'appartement de l'appellant et que l'appellant lui-même l'avait fourni à Pentiluk et que ce dernier était accompagné par l'appellant lorsqu'il s'est introduit dans la maison de M^{me} Platt avec le fusil et qu'il s'est mis à tirer. Toutefois, puisque la participation de l'appellant aux meurtres dépend de savoir si les al. 21(1)(b) ou (c) ou le par. 21(2) s'appliquent de façon à entraîner sa culpabilité, j'estime qu'une cour d'appel doit appliquer avec beaucoup de circonspection le remède prévu au sous-al. 613(1)(b)(iii), lorsqu'une directive erronée a été donnée à l'égard de ces dispositions et si cette directive (comme c'est, à mon avis, le cas en l'espèce) a trait directement à l'évaluation de la situation qui aurait pu apparaître sous un jour différent si le jury avait reçu des directives régulières.

En donnant aux jurés ses directives concernant l'appellant MacDonald, le juge de première instance leur a lu l'art. 21 en entier, mais il ne leur a pas expliqué à quelle conclusion ils devaient parvenir avant de décider si l'appellant était partie aux

the murders under s. 21(1) (b) or (c). It is my opinion that where it is sought to inculcate a person by association of a particular kind, as provided by s. 21(1)(b)(c), it is necessary that the basis for such inculcation be clearly put to the jury: see *R. v. Dick*². The way in which the trial judge left aiding or abetting to the jury could have led them to believe that the appellant, merely by driving Pentiluk to the Platt residence where the killings were done, was a party to the offence of murder. Counsel for the Crown conceded the deficiency of the charge in this respect.

The trial judge also erred in respect of his instruction to the jury on s. 21(2). I regard this error as in itself fatal to the conviction, especially when it is regarded in the light of the fact that the trial judge failed originally to leave manslaughter as a possible verdict against MacDonald, although leaving it in relation to Pentiluk, and then, in recharging them that manslaughter was an alternative verdict did so in terms that did not meet the proper requirements of proof to make the appellant guilty of manslaughter under s. 21(2).

Indeed, except for an initial paraphrase of s. 21(2), the trial judge throughout his charge failed to make it clear that not only must the jury find a common intention of Pentiluk and MacDonald to carry out an unlawful purpose (here the infliction of violence) and to assist each other therein but that the appellant knew or ought to have known that a killing, amounting to either murder or manslaughter (which would have to be defined in the charge) would be a *probable* cause of carrying out the unlawful purpose.

The only references in the charge to the law on s. 21(2) consist of two separated passages followed by a lengthy recital of the evidence relating in the main to Pentiluk. The first passage is this:

meurtres en vertu des al. 21(1)b) ou c). J'estime que lorsque l'on cherche à inculper une personne pour complicité aux termes des al. 21(1)b) et c), il faut expliquer clairement au jury le fondement d'une telle inculpation: voir *R. v. Dick*². La façon dont le juge de première instance a soumis aux jurés la question de l'aide et de l'encouragement à commettre une infraction pouvait les conduire à croire que l'appelant était partie à l'infraction de meurtre du seul fait qu'il avait conduit Pentiluk chez M^{me} Platt, lieu du crime. Le substitut du procureur général a reconnu l'insuffisance des directives à cet égard.

Le juge de première instance a commis une autre erreur, cette fois dans ses directives portant sur le par. 21(2). Selon moi, cette erreur à elle seule entache de nullité la déclaration de culpabilité, d'autant plus que le juge de première instance a initialement omis d'informer le jury que l'homicide involontaire coupable était un verdict possible dans le cas de MacDonald, alors qu'il l'avait fait dans le cas de Pentiluk. Dans de nouvelles directives, il a informé le jury de la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable, mais il l'a fait en des termes qui ne répondent pas aux exigences de la preuve permettant de déclarer l'appelant coupable d'homicide involontaire coupable aux termes du par. 21(2).

En effet, à l'exception d'une paraphrase du par. 21(2) au début, le juge de première instance a négligé, dans son exposé aux jurés, de leur indiquer qu'ils devaient non seulement conclure que Pentiluk et MacDonald avaient formé ensemble le projet de poursuivre une fin illégale (en l'espèce, de commettre des voies de fait) et de s'y entraider, mais également que l'appelant savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence *probable* un homicide, en l'occurrence un meurtre ou un homicide involontaire coupable (termes à définir dans les directives).

Dans l'exposé au jury, deux passages seulement traitent du droit applicable à l'égard du par. 21(2); ils sont, dans les deux cas, suivis d'un exposé détaillé de la preuve concernant surtout Pentiluk. Voici le premier passage:

² [1947] O.R. 105.

² [1947] O.R. 105.

... there is evidence, and I will draw it to your attention, and it has already been drawn to your attention, that these two men together must have entered that house, where they had no right to be, carrying a gun, which would bring them within Section 307 of the Criminal Code. This is not their house.

(1) Every one who without lawful excuse, the proof of which lies upon him, enters or is in a dwelling-house with intent to commit an indictable offence therein is guilty of an indictable offence . . .

You see how I point out to you that Section 307 makes Subsection 2 of Section 21 one that you must take into consideration.

Then, after a short statement of the theory of Pentiluk's defence, came this passage:

As to MacDonald, the theory of his defence is that not only did he not supply the shotgun to Pentiluk but that he was unaware that Pentiluk had a gun until they got to 14 Seymour Avenue, and that his only reason for being at that address at the time of the shooting, which he admits in his statement, was to fight Derek Hannan; that he did nothing, in the language of Section 21 of the Criminal Code, to aid or abet Pentiluk in the fatal shooting and that he was not engaged in a common unlawful purpose, knowing that a killing *might* result.

[The emphasis is mine.]

Following the recital of the evidence there was no further reference to the law but only a direction as to possible verdicts; as to Pentiluk, guilty of murder or not guilty of murder but guilty of manslaughter, and as to the appellant, guilty as charged or not guilty.

When the charge ended, Crown counsel raised the question of failure to charge on manslaughter in respect of the appellant. That, however, was far from the only deficiency, even though at that stage the appellant's counsel, who was not his counsel on this appeal, did not say otherwise. The trial judge recalled the jury and corrected his failure to charge on manslaughter. I have already referred to the recharge, and now set out the passage in which

[TRADUCTION] . . . la preuve indique, et je la porte de nouveau à votre attention, que ces deux hommes armés d'un fusil ont dû entrer ensemble dans cette maison, sans en avoir le droit, en violation des dispositions de l'art. 307 du Code criminel. Cette maison n'était pas la leur.

(1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, s'introduit ou se trouve en une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre un acte criminel . . .

Vous voyez maintenant pourquoi je vous dis que l'art. 307 fait du par. (2) de l'art. 21 une disposition que vous devez prendre en considération.

Après quelques mots sur la thèse alléguée en défense par Pentiluk, le juge a tenu les propos suivants:

[TRADUCTION] Quant à MacDonald, selon sa défense, non seulement n'a-t-il pas fourni le fusil à Pentiluk, mais il ne savait même pas que ce dernier était armé avant qu'ils n'arrivent au 14, avenue Seymour et la seule raison de sa présence à cette adresse, au moment de la fusillade, est celle mentionnée dans sa déclaration, c'est-à-dire se battre avec Derek Hannan; il prétend n'avoir rien fait, selon les termes de l'art. 21 du Code criminel, pour aider ou encourager Pentiluk à commettre les meurtres et n'avoir pas formé avec lui le projet de poursuivre une intention illégale, en sachant qu'un meurtre *pourrait* en résulter.

[Les italiques sont de moi.]

Après avoir passé la preuve en revue, le juge de première instance n'a fait aucune autre mention du droit applicable et s'en est tenu aux verdicts possibles; dans le cas de Pentiluk, coupable de meurtre ou non coupable de meurtre mais coupable d'homicide involontaire coupable, tandis que dans celui de l'appellant, coupable de l'infraction dont il est inculpé ou non coupable.

A la fin de l'exposé du juge au jury, le substitut du procureur général a relevé l'absence de directives concernant la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable à l'endroit de l'appellant. Mais cela n'était certes pas la seule lacune même si, à ce stade du procès, l'avocat de l'appellant, qui n'est pas celui qui le représente devant cette Cour, n'a soulevé aucune objection. Le juge de première instance a rappelé le jury pour réparer son oubli. J'ai déjà fait allusion aux nouvelles directives et je

manslaughter was left as an alternative verdict:

The circumstance that was drawn to my attention that might make that possible would be for you to find that no one had the intent of going there to shoot anybody at all and yet the gun did go off while they were engaged in some unlawful purpose, MacDonald having provided the gun to Pentiluk, and I suppose if that is your finding, well then that verdict of not guilty of non-capital murder but guilty of manslaughter is open to you and it will have to be given consideration.

Its unsatisfactory character is self-evident.

The jury itself felt uncomfortable about the trial judge's scant reference to the law and especially s. 21. They directed the following written question to the trial judge:

We would appreciate a clarification of section 21 and, we think, section 307.

The trial judge said to the jury that "this relates specifically to the accused MacDonald . . . and it must be subsection 2 in the context that you have put your question not the aiding or abetting". He then read them s. 21(2) and s. 307(1) and continued as follows:

Now, I want to relate those sections or that section to the evidence that is before you and on which you must make up your minds whether or not Section 21 is applicable in order to make the accused MacDonald a party to whatever offence you find was committed in that dwelling-house.

This being said, the trial judge recited certain evidence, including a quotation from the appellant's statement, and ended on this passage:

Now, I do not know what impression that is going to make on your minds. To my mind the only possible inference, if you believe Davis—and it is supported by the evidence of Millie Dubien and Helen Platt, that there were no footsteps after the third shot, and Derek Hannan saying "They have got a gun"—the only inference you can have is that when Pentiluk went into that house—this is based on Davis', an independent witness evidence—MacDonald was right with him and that the man with him had, to his knowledge, a gun in his hand, entering a dwelling-house which he had no right to be in.

cite maintenant le passage où il est question d'homicide involontaire coupable comme verdict possible:

[TRADUCTION] On a attiré mon attention sur les circonstances qui rendraient possible votre conclusion qu'aucun d'eux n'avait l'intention, en se rendant à cet endroit, de tirer sur quelqu'un et que cependant il y a eu des coups de feu pendant qu'ils poursuivaient une fin illégale, MacDonald ayant fourni le fusil à Pentiluk. Je suppose que si telle est votre conclusion, il vous est alors possible de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable plutôt que non coupable de meurtre non qualifié et vous devez examiner cette possibilité.

L'irrégularité de cette directive est flagrante.

Le jury lui-même était mal à l'aise devant les renvois succincts du juge de première instance au droit applicable et surtout à l'art. 21. Les jurés lui ont d'ailleurs fait parvenir la note suivante:

[TRADUCTION] Nous aimerions quelques éclaircissements sur l'art. 21 ainsi que sur l'art. 307.

Le juge a dit au jury que [TRADUCTION] «ceci vise uniquement l'accusé MacDonald . . . et, dans le contexte de votre question, c'est sur le par. 2 que vous demandez des éclaircissements et non sur la question de l'aide ou de l'encouragement». Il a ensuite lu au jury les par. 21(2) et 307(1), puis il a enchaîné:

[TRADUCTION] Maintenant, je veux rattacher ces articles à la preuve qui est devant vous et à la lumière de laquelle vous devez décider si l'art. 21 est applicable de façon à faire de l'accusé MacDonald une partie aux infractions qui ont été, selon vous, commises dans cette maison.

Après cela, le juge de première instance a passé en revue une partie de la preuve, dont un extrait de la déclaration de l'appelant, et il a terminé en disant:

[TRADUCTION] Maintenant, je ne sais pas quelle impression cela va vous laisser. A mon avis, la seule déduction possible, si vous croyez Davis—et son témoignage est étayé par celui de Millie Dubien et de Helen Platt, selon lequel il n'y a eu aucun bruit de pas après le troisième coup de feu, et par la déclaration de Derek Hannan «Ils ont un fusil»—il faut en déduire que lorsque Pentiluk s'est introduit dans cette maison—selon le témoignage de Davis, un témoin indépendant—MacDonald était à ses côtés et savait que son compagnon tenait un fusil entre ses mains lorsqu'il s'est introduit, sans en avoir le droit, dans la maison en question.

What the trial judge said was in no way responsive to the jury's question about s. 21 nor, as the trial judge saw it, on s. 21(2). In my opinion, the jury was asked to consider the culpability of MacDonald with so inadequate a direction on the law as to amount to no direction and, indeed, to serious misdirection on issues that required considerable care in exposition.

Having set out or referred to everything that the trial judge said on the law as it related to the appellant, I do not share the extenuating appraisal of the charge by Martin J.A. in saying that in respect of s. 21 "[it] was neither as complete nor as clear as one would have wished". The trial judge never indicated that there was any requirement of intent in respect of aiding or abetting, let alone the nature of the intent; he had not give any direction to fix the jury with the necessity of appreciating that even if they found a common intention to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein (I pass over as unimportant in the total picture that he mentioned only s. 307 in this connection) and an offence was committed in carrying it out, it was necessary that the Crown prove beyond a reasonable doubt that the appellant knew or ought to have known that its commission would be a probable consequence of carrying out the common unlawful purpose. The jury was left simply rudderless on crucial aspects of the case. The fatal non-direction and misdirection, when considered in relation to conflicts in the evidence, make it impossible, in my view, to apply in this case the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii).

Quite plainly the conviction of murder cannot stand, and if the case was sent back for a new trial there is every likelihood that MacDonald would do what Pentiluk did and that is plead guilty to

Les propos du juge de première instance ne répondaient en rien aux éclaircissements demandés par le jury sur l'art. 21 ni, selon le point de vue du juge de première instance, sur son par. (2). A mon avis, on a demandé au jury de décider de la culpabilité de MacDonald à la lumière de directives sur le droit tellement ténues qu'elles équivalent à une absence de directives ou à des directives totalement erronées sur des points qu'il fallait expliquer avec beaucoup de soin.

Ayant cité ou mentionné tout ce que le juge de première instance a dit sur le droit applicable à l'égard de l'appellant, je ne souscris pas à l'évaluation mitigée que le juge Martin fait des directives lorsqu'il dit qu'à l'égard de l'art. 21, [TRADUCTION] «[elles] n'étaient pas aussi complètes ni aussi claires qu'il aurait été souhaitable». Le juge de première instance n'a jamais mentionné le fait que l'intention est un élément essentiel de l'infraction qui consiste à aider ou à encourager à commettre un crime, et il n'a pas non plus parlé de la nature de pareille intention; il n'a donné aucune directive pour bien faire comprendre aux jurés que même s'ils concluaient que les accusés avaient formé ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider (et je passe sous silence, puisque cela me paraît sans importance dans l'ensemble, le fait qu'il n'a mentionné à cet égard que l'art. 307) et qu'une infraction avait été commise en réalisant cette fin commune, il fallait en outre que le ministère public prouvât, au-delà de tout doute raisonnable, que l'appellant savait ou devait savoir que la réalisation de cette intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration d'une infraction. Le jury a tout simplement été abandonné à lui-même à l'égard d'aspects déterminants de l'affaire. Compte tenu des témoignages discordants, l'absence de directives et les directives erronées rendent à mon avis impossible l'application en l'espèce du remède prévu au sous-al. 613(1)(b)(iii).

De toute évidence, la déclaration de culpabilité pour meurtre ne peut être maintenue, et s'il y avait un nouveau procès, il est fort probable que MacDonald suivrait l'exemple de Pentiluk et plaiderait

manslaughter as an included offence. The plea was not accepted in Pentiluk's case, but the submissions of counsel for the Crown in the present case as well as the alternative submission for relief of counsel for the accused persuade me that this Court should not send the case back for retrial, either on murder or on manslaughter. Since it is clear that there is evidence upon which a jury properly instructed would more likely find the appellant guilty of manslaughter than of murder (certainly the appellant would not likely escape any conviction), the desirable disposition is for this Court to substitute a verdict of manslaughter.

There is no incongruity in finding the appellant guilty of manslaughter although the principal offender has been found guilty of murder in respect of the same transaction: see *R. v. Reid*³. Moreover, an appellate Court may substitute a conviction of an included offence of manslaughter where it is satisfied that an element of support for a conviction of murder is missing but that without it there is still a basis for a conviction of manslaughter: see *R. v. Nantais*⁴. In this case, it may reasonably be said that the common intention was by the use of the gun to compel Hannan to come out of the Platt residence to fight with the appellant; and although a killing might result because of Pentiluk's possession of the gun the appellant did not know nor ought he to have known that a killing would be a probable consequence of carrying out the common intention.

I would accordingly substitute a verdict of manslaughter and remit the case to the Ontario Court of Appeal for imposition of a sentence.

³ (1975), 62 Cr. App. R. 109.

⁴ [1966] 2 O.R. 246.

coupable d'homicide involontaire coupable, infraction comprise dans l'inculpation. Ce plaidoyer a été rejeté dans le cas de Pentiluk, mais l'argumentation du substitut du procureur général en l'espèce ainsi que la forme de redressement subsidiaire proposée par l'avocat de l'accusé me convainquent que cette Cour ne doit pas ordonner un nouveau procès, que ce soit pour meurtre ou pour homicide involontaire coupable. Puisqu'il est certain que la preuve est suffisante pour permettre à un jury, ayant reçu des directives appropriées, de déclarer l'appellant coupable d'homicide involontaire coupable plutôt que de meurtre (il ne fait aucun doute que l'appellant ne pourrait être totalement acquitté), il est donc préférable que cette Cour substitue au verdict du jury celui d'homicide involontaire coupable.

Il n'est pas illogique de déclarer l'appellant coupable d'homicide involontaire coupable même si l'auteur principal de l'infraction a été déclaré coupable de meurtre pour le même crime: voir *R. v. Reid*³. En outre, une cour d'appel peut remplacer une déclaration de culpabilité pour meurtre par une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable, infraction comprise dans l'inculpation, lorsqu'elle est convaincue qu'il manque un des éléments essentiels à la première, mais que même sans cet élément, la deuxième reste fondée: voir *R. v. Nantais*⁴. En l'espèce, on peut raisonnablement dire que l'intention commune était de forcer Hannan, sous la menace d'un fusil, à sortir de chez M^{me} Platt pour se battre avec l'appellant, et que, même si cela pouvait entraîner un meurtre, puisque Pentiluk était armé d'un fusil, l'appellant ne savait pas et n'avait pas moyen de savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration d'un meurtre.

Je substituerai donc au verdict du jury celui d'homicide involontaire coupable et je renverrai l'affaire devant la Cour d'appel de l'Ontario pour qu'elle impose une sentence.

³ (1975), 62 Cr. App. R. 109.

⁴ [1966] 2 O.R. 246.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

MARTLAND J.—The appellant and one Pentiluk were jointly indicted and tried upon two counts for the non-capital murder of Derek Hannan and Gregory Plytas. Both were convicted and their appeals to the Court of Appeal for Ontario were dismissed. The appellant only, with leave, appealed to this Court.

The facts are recited in the reasons of Martin, J.A., who delivered the judgment of the Court of Appeal, as follows:

Both killings occurred in one transaction, and both counts were tried together. The jury was entitled to find that the following facts were established by the evidence: The deceased Derek Hannan lived at 14 Seymour Avenue in the City of Toronto on the first floor of a three storey house. On the evening of September 1st, 1972, his sister Mrs. Helen Platt who lived on the second and third floors of the house gave a party, which was attended by a number of people including her brother the deceased Derek Hannan, and a young woman Mildred Dubien, who lived on the third floor. At approximately 2:00 a.m. on September 2nd, the appellant Pentiluk, accompanied by Gus Williams, the deceased Gregory Plytas and John Pearson, arrived at the party. Some three quarters of an hour later, there was a fight between the appellant Pentiluk and the deceased Hannan on the veranda off the living room of the second floor apartment, apparently over Mildred Dubien. During the fight the appellant Pentiluk struck the deceased Hannan on the side of the head with a board from the railing on the veranda. He then pushed Hannan over the balcony and he landed on the ground below. When Mrs. Platt started downstairs to see how her brother was, she struck the appellant Pentiluk on the back as he was going toward the kitchen. Gregory Plytas interceded and the appellant Pentiluk told her: "You are going to get yours too." Pentiluk, Williams and Pearson then left; Plytas remained. Those three persons then went to 10 Boulton Avenue where the appellant MacDonald lived with Janice Taylor. MacDonald was not then at home but arrived soon afterwards. The appellants discussed the fight with Hannan. Shortly afterwards both the appellants left with a green gun case, that Janice Taylor got at the appellant MacDonald's request.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'appelant et un nommé Pentiluk ont conjointement été inculpés des meurtres non qualifiés de Derek Hannan et Gregory Plytas, et ils ont subi conjointement leur procès à cet égard. Ils ont été déclarés coupables et les appels qu'ils ont interjetés devant la Cour d'appel de l'Ontario ont échoué. Sur autorisation, seul l'appelant se pourvoit devant cette Cour.

Voici les faits relatés dans les motifs du juge Martin qui a rendu l'arrêt de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Les deux meurtres ont été commis au cours d'un même échange et il n'y a eu qu'un seul procès pour les deux chefs d'accusation. Le jury a constaté à bon droit que la preuve établit les faits suivants: feu Derek Hannan demeurait au 14, avenue Seymour, à Toronto, au premier étage d'une maison de trois étages. Au cours de la soirée du 1^{er} septembre 1972, sa sœur M^{me} Helen Platt, qui occupait les 2^e et 3^e étages de la maison, avait organisé une fête à laquelle assistaient plusieurs personnes, y compris feu son frère Derek Hannan et Mildred Dubien, une jeune femme habitant au 3^e étage. Vers 2h du matin le 2 septembre, l'appelant Pentiluk est arrivé à la fête, en compagnie de Gus Williams, de feu Gregory Plytas et de John Pearson. Environ trois quarts d'heure plus tard, une bagarre a éclaté entre l'appelant Pentiluk et feu Hannan sur le balcon de l'appartement du 2^e étage, apparemment au sujet de Mildred Dubien. Au cours de la bagarre, l'appelant Pentiluk a frappé Hannan sur le côté de la tête avec une planche arrachée à la balustrade du balcon. Il a ensuite poussé Hannan par-dessus la balustrade. Avant de descendre prêter secours à son frère qui était tombé à terre, M^{me} Platt a frappé l'appelant Pentiluk dans le dos alors qu'il se dirigeait vers la cuisine. Gregory Plytas est intervenu; l'appelant Pentiluk a alors dit à M^{me} Platt: «Toi aussi tu vas l'avoir». Pentiluk, Williams et Pearson ont ensuite quitté la maison tandis que Plytas y est resté. Tous les trois se sont alors rendus au 10, avenue Boulton où demeuraient l'appelant MacDonald et son amie Janice Taylor. MacDonald n'y était pas mais est arrivé peu de temps après. Les appelants ont parlé de la bagarre avec Hannan. Ils sont partis quelque temps après, emportant avec eux un étui à fusil vert que Janice Taylor était allée chercher à la demande de l'appelant MacDonald.

About an hour after the appellant Pentiluk had left 14 Seymour Avenue, following the fight with Derek Hannan, Mrs. Platt saw Pentiluk and another man whom she did not recognize drive up in a car and park in front of the house. The appellant Pentiluk got out of the driver's door and both men went to the trunk and began to open it. Mrs. Platt then went to the kitchen. She heard the door open and her brother Derek Hannan say: "He's got a gun".

Derek Hannan was shot while talking to his brother on the telephone in front of the kitchen doorway. She then heard another shot coming from the living room. The appellant Pentiluk armed with a shotgun which he held in both hands went to the kitchen, stared at Mrs. Platt for 10-15 seconds and shot her in the thigh from a distance of about six feet. Mrs. Platt eventually recovered from the injury she received. Both Hannan and Plytas died from the effect of gunshot wounds in the abdomen caused by pellets from a shotgun.

The appellant MacDonald made a statement to the police, which the trial judge ruled was made voluntarily. In his statement he said he had left his apartment with the appellant Pentiluk to go to the place where Pentiluk had allegedly been assaulted. The appellant MacDonald said he drove to an address on Seymour to which he was directed by Pentiluk. The appellant Pentiluk removed a shotgun from the trunk and entered the house, according to the appellant MacDonald, to bring his assailant out onto the street so MacDonald could fight him. After hearing first two shots and then a third, the appellant MacDonald ran upstairs into the house and said: "Let's get out of here". The latter part of MacDonald's statement is in conflict with the evidence of Ernest Davis who lived at 18 Seymour Avenue, and who was awakened at 3:20 a.m. on September 2, 1972, by two shots. He shut off his air conditioner and then heard another shot at which point he looked out the window and saw two men running towards a car parked in front of 14 Seymour Avenue. One of the men got in the driver's side and the other, who appeared to be carrying a stick, got in the passenger's side.

The only defence advanced on behalf of the appellant Pentiluk was that he was intoxicated as a result of the consumption of alcohol and drugs to an extent that rendered him incapable of forming the intent requisite for murder. The case for the appellant MacDonald was that he was not a party to either of the offences, under the provisions of section 21 of the Code.

Environ une heure après que l'appellant Pentiluk eut quitté le 14, rue Seymour, à la suite de la bagarre avec Derek Hannan, M^{me} Platt a vu Pentiluk et un autre homme qu'elle n'a pas reconnu arriver en automobile et s'arrêter devant la maison. L'appellant Pentiluk est sorti du côté du conducteur et les deux hommes se sont dirigés vers le coffre de l'automobile et l'ont ouvert. M^{me} Platt s'est alors rendue dans la cuisine. Elle a entendu la porte s'ouvrir et son frère Derek Hannan crier: «Il a un fusil».

Derek Hannan a été abattu devant la porte de la cuisine alors qu'il parlait à son frère au téléphone. M^{me} Platt a ensuite entendu un autre coup de feu en provenance de la salle de séjour. Armé d'un fusil qu'il tenait à deux mains, l'appellant Pentiluk s'est dirigé vers la cuisine, a fixé M^{me} Platt pendant 10 à 15 secondes et lui a tiré une balle dans la cuisse, d'une distance d'environ 6 pieds. M^{me} Platt s'est finalement remise de cette blessure. Hannan et Plytas sont décédés des suites de blessures à l'abdomen infligées par les plombs d'un fusil.

L'appellant MacDonald a fait une déclaration à la police, que le juge de première instance a jugée faite volontairement. Dans sa déclaration, il affirme avoir quitté son appartement en compagnie de l'appellant Pentiluk pour se rendre à l'endroit où ce dernier aurait été attaqué. Au volant de son automobile, MacDonald a suivi l'itinéraire que lui indiquait Pentiluk, jusqu'à une maison de la rue Seymour. L'appellant Pentiluk a retiré un fusil du coffre et selon l'appellant MacDonald, a pénétré dans la maison pour forcer son agresseur à venir se battre avec MacDonald dans la rue. Après avoir entendu les deux premiers coups de feu puis un troisième, MacDonald est entré dans la maison en courant et a crié: «Sortons d'ici». La fin de la déclaration de MacDonald est incompatible avec le témoignage de Ernest Davis qui demeure au 18, rue Seymour, et qui a été réveillé à 3 h 20 le 2 septembre 1972 par deux coups de feu. Après avoir arrêté son climatiseur, il a entendu un autre coup de feu; il a alors vu, de sa fenêtre, deux hommes qui couraient en direction d'une automobile garée devant le 14, rue Seymour. Un des hommes est monté dans la voiture du côté du conducteur tandis que l'autre, qui semblait tenir un bâton dans ses mains, a pris place du côté du passager.

L'appellant Pentiluk a allégué comme seul moyen de défense que par suite de sa consommation d'alcool et de drogues, il était dans un état d'ivresse tel qu'il n'a pas pu former l'intention nécessaire au crime de meurtre. Pour sa part, l'appellant MacDonald allègue qu'il n'est partie à aucune des infractions, aux termes des dispositions de l'art. 21 du Code.

Dealing with the appeal of the present appellant Martin, J.A., had this to say:

The most substantial ground of appeal urged on behalf of the appellant MacDonald is that the trial Judge did not sufficiently direct the jury with respect to the application of section 21 to the facts of the case, as the jury might find them from the evidence. We are bound to say that the charge in this respect was neither as complete, nor as clear as one would have wished. The only unlawful common purpose referred to by the trial Judge as the basis for the application of section 21 to the activities of the appellant MacDonald, in relation to the killings, was unlawfully entering a dwelling house, with intent to commit an indictable offence therein contrary to section 307 of the *Code*.

On the basis of the appellant's statement to the police, which was admitted in evidence, it is clear that both the appellants joined in a common purpose—to inflict unlawful violence on one or more of the persons in the house, and in furtherance of that purpose Pentiluk had with him, to the knowledge of the appellant MacDonald, a shotgun which was in fact loaded. Although there is no admission by the appellant that he knew the gun was loaded, the jury would be justified in inferring that he had such knowledge. Indeed, if the evidence of Pearson was accepted, the appellant MacDonald provided the shotgun.

Despite the defects in the charge, we think that the essential issues were placed before the jury and they were sufficiently instructed that the defence of the appellant MacDonald was that he had merely agreed to fight Pentiluk's assailant, and did not foresee that somebody might be killed. Indeed, we think that the failure of the trial Judge to more fully charge the jury with respect to the application of section 21 to the facts, as the jury was entitled to find them on the evidence, may have inured to the benefit of the accused, rather than to his disadvantage. We are unanimously of the view that a reasonable jury, properly instructed would, on the evidence, have inevitably found a verdict of guilty.

The only substantial ground of appeal raised before us is that which is dealt with by Martin, J.A., in the passage from his reasons quoted above.

In considering whether the defects alleged in the charge to the jury were such that the Court of Appeal should not properly have invoked the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* it is necessary to consider the factual back-

Traitant de l'appel interjeté par le présent appellant, le juge Martin s'est exprimé en ces termes:

[TRADUCTION] Le moyen d'appel le plus solide invoqué au nom de MacDonald est que le juge de première instance n'a pas donné au jury des directives adéquates concernant l'application de l'art. 21 aux faits que le jury pourrait en l'espèce tirer de la preuve. Il faut dire que les directives à cet égard n'étaient pas aussi complètes ni aussi claires qu'il aurait été souhaitable. A l'appui de l'application de l'art. 21 aux agissements de l'appellant MacDonald, relativement aux homicides, le juge du procès n'a mentionné que la poursuite commune d'une seule fin illégale: s'introduire illégalement dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre un acte criminel, contrairement à l'art. 307 du *Code*.

Il ressort nettement de la déclaration faite par l'appellant à la police et déposée en preuve, que les deux appellants avaient formé ensemble le projet de poursuivre une fin illégale—de se livrer à des voies de fait contre un ou plusieurs des occupants de la maison, et dans ce but, Pentiluk avait emporté avec lui, au su de l'appellant MacDonald, un fusil chargé. Bien que l'appellant n'ait pas avoué qu'il savait que le fusil était chargé, le jury pouvait, à bon droit, tirer cette déduction des faits. En effet, si l'on accepte le témoignage de Pearson, c'est MacDonald lui-même qui a fourni le fusil.

Malgré les insuffisances des directives, nous sommes d'avis que les points litigieux essentiels ont été soumis au jury et que des directives adéquates lui ont été données à l'égard du moyen de défense allégué par MacDonald, savoir qu'il avait uniquement convenu de se battre avec l'agresseur de Pentiluk et qu'il n'avait jamais pensé que quelqu'un pourrait être tué. Nous croyons même que l'omission par le juge de première instance de donner au jury des directives plus complètes quant à l'application de l'art. 21 aux faits que le jury pouvait tirer de la preuve, a pu jouer en faveur de l'accusé plutôt qu'à son désavantage. Nous sommes unanimement d'avis qu'un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n'aurait pu, compte tenu de la preuve, faire autrement que de rendre un verdict de culpabilité.

Le seul moyen d'appel solide soulevé devant nous est celui dont traite le juge Martin dans le passage que je viens de citer.

Pour déterminer si les lacunes que présentent les directives au jury sont telles que la Cour d'appel n'aurait pas dû invoquer les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, il est nécessaire

ground in respect of which the charge was delivered.

The appellant did not give evidence at the trial, but he had made a statement to the police which was admitted in evidence. In it, he referred to a conversation with Pentiluk at the place where the appellant lived, which occurred after the incident between Pentiluk and Hannan. He said that Pentiluk told him that: "... he had been thrown over the balcony by one of the guys at the party. He said that he wanted to get even. He asked me if I would go with him and give the guy a beating. I said I'd go and look after the guy for him". He said that he had driven Pentiluk to a house pointed out by Pentiluk, where he stopped the car, that Pentiluk got out and went to the trunk of the car, and that he saw that Pentiluk had a shotgun or rifle. When the appellant asked him what he wanted that for, Pentiluk said he "... would make the guy come out of the house and I could fight him on the street". He said that Pentiluk then entered the house.

The appellant therefore admitted to driving Pentiluk to the house, for the purpose of inflicting unlawful violence upon Hannan, and that Pentiluk was armed with a shotgun or rifle. The jury could properly infer that the appellant knew that the shotgun was loaded. There was other evidence led by the Crown to show that the appellant provided the weapon.

While the appellant, in his statement, said that he did not enter the house until three shots had been fired, an independent witness, Davis, was looking out of his bedroom window on to the street when the third shot was fired. Following that he saw two men running out of the house where the shooting had occurred and saw them enter a parked car. He noticed that the one who entered on the passenger's side was carrying something which looked like a stick, which he put between his legs when he entered the car. This evidence contradicts the latter part of the appellant's statement and places the appellant in the house when the third shot was fired.

d'examiner l'ensemble des faits visés par lesdites directives.

L'appelant n'a pas témoigné au procès, mais il avait fait une déclaration à la police qui a été déposée en preuve. Dans cette déclaration, il mentionne une conversation qu'il a eue chez lui avec Pentiluk, après l'incident qui avait opposé ce dernier à Hannan. Il a déclaré que Pentiluk lui avait dit que: [TRADUCTION] «... un des types à la fête l'avait poussé par-dessus la balustrade du balcon. Il voulait sa revanche. Il m'a demandé si j'étais d'accord pour aller avec lui rosser le type. Je lui ai répondu que j'irais et que je lui réglerais son compte». Il affirme avoir conduit Pentiluk à la maison que ce dernier lui a indiquée et avoir garé l'automobile. Pentiluk est alors descendu de voiture et a tiré du coffre un fusil ou une carabine. Lorsque l'appelant lui a demandé pourquoi il avait besoin d'une arme, Pentiluk lui a répondu [TRADUCTION] «... qu'il forcerait le type à sortir de la maison pour que je lui règle son compte dans la rue». Selon la déclaration, Pentiluk est alors entré dans la maison.

L'appelant a donc admis avoir conduit Pentiluk à la maison dans le but de se livrer à des voies de faits sur Hannan, et que Pentiluk était armé d'un fusil ou d'une carabine. Le jury pouvait à bon droit en déduire que l'appelant savait que le fusil était chargé. Le ministère public a produit d'autres éléments de preuve pour démontrer que l'appelant avait fourni l'arme en question.

Bien que l'appelant ait affirmé dans sa déclaration n'être entré dans la maison qu'après les trois coups de feu, un témoin indépendant, Davis, regardait dans la rue de la fenêtre de sa chambre à coucher lorsque le troisième coup de feu a été tiré. Il a ensuite vu deux hommes qui sortaient en courant de la maison d'où provenaient les coups de feu et il les a vus prendre place à bord d'une automobile en stationnement. Il a remarqué que celui qui a pris place du côté du passager transportait un objet ressemblant à un bâton, qu'il a d'ailleurs placé entre ses jambes en s'asseyant dans l'automobile. Ce témoignage contredit la dernière partie de la déclaration de l'appelant puisqu'il indique que l'appelant était dans la maison lorsque le troisième coup de feu a été tiré.

The trial judge dealt with the law applicable in respect of the charges against the appellant in the following passages from his charge to the jury:

As to MacDonald, conceding that MacDonald did not do the actual shooting, the Crown alleges that he is nevertheless guilty as charged by reason of the provisions of Section 21 of the Criminal Code, the relevant portions of which read as follows:

- (1) Every one is a party to an offence who
(a) actually commits it . . .

that is, in the case, on the theory of the Crown, Pentiluk.

- (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it . . .

that is, any other person,

- or (c) abets any person in committing it.

That would be MacDonald.

The second subsection:

- (2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

On the evidence that I will discuss with you it is open to you to find that MacDonald was a party under both of those subsections.

The theory of the Crown is that MacDonald did become a party to the offence by aiding and abetting Pentiluk who, by his plea, has admitted the killing, in that MacDonald supplied the gun and ammunition, drove Pentiluk to 14 Seymour Avenue and, in addition, was engaged, in the language of Subsection 2, in "a common purpose", assisting each other therein, and one of them in carrying out the common purpose, common unlawful purpose, committed an offence and that each of them knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose.

. . . There is evidence, and I will draw it to your attention, and it has already been drawn to your attention, that these two men together must have entered that house, where they had no right to be, carrying a gun, which would bring them within Section 307 of the Criminal Code. This is not their house.

- (1) Every one who without lawful excuse, the proof of which lies upon him, enters or is in a dwelling house

Dans le passage suivant de son exposé au jury, le juge de première instance parle du droit applicable aux accusations portées contre l'appelant:

[TRADUCTION] Quant à MacDonald, le ministère public concède qu'il n'a pas tiré de coup de feu, mais allègue qu'il est néanmoins coupable des infractions en vertu de l'art. 21 du Code criminel dont les dispositions pertinentes se lisent comme suit:

- (1) Est partie à une infraction quiconque
a) la commet réellement . . .

c'est-à-dire, en l'espèce, Pentiluk, selon la thèse du ministère public.

- b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre . . .

c'est-à-dire, toute autre personne,

- ou c) encourage quelqu'un à la commettre.

Cette personne serait MacDonald.

Le second paragraphe est libellé comme suit:

- (2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction.

En vous fondant sur la preuve dont nous allons parler, il vous est loisible de conclure que MacDonald était partie aux infractions en vertu des dispositions de ces deux paragraphes.

Selon la thèse du ministère public, MacDonald est devenu partie à l'infraction en aidant et encourageant Pentiluk qui a avoué dans sa défense avoir commis les meurtres, en fournissant à ce dernier le fusil et des munitions, en conduisant Pentiluk au 14, avenue Seymour. En plus, ils ont formé, selon les termes du par. (2), le projet de poursuivre une «fin commune», de s'y entraider et de réaliser cette fin commune, une fin illégale, par la perpétration d'une infraction alors que chacun d'eux savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction.

. . . la preuve indique, et je la porte de nouveau à votre attention, que ces deux hommes armés d'un fusil ont dû entrer ensemble dans cette maison, sans en avoir le droit, en violation des dispositions de l'art. 307 du Code criminel. Cette maison n'était pas la leur.

- (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque, sans excuse

with intent to commit an indictable offence therein is guilty of an indictable offence

You see how I point out to you that Section 307 makes Subsection 2 of Section 21 one that you must take into consideration.

Having dealt with the theory of the Crown in the passage above quoted, he discussed the theory of the defence:

As to MacDonald, the theory of his defence is that not only did he not supply the shotgun to Pentiluk but that he was unaware that Pentiluk had a gun until they got to 14 Seymour Avenue, and that his only reason for being at that address at the time of the shooting, which he admits in his statement, was to fight Derek Hannan; that he did nothing, in the language of Section 21 of the Criminal Code, to aid or abet Pentiluk in the fatal shooting and that he was not engaged in a common unlawful purpose, knowing that a killing might result.

Counsel for the appellant stresses that in this passage the trial judge uses the phrase "knowing that a killing might result" whereas s. 21(2) of the *Criminal Code* refers to "a probable consequence of carrying out the common purpose". However, the jury had been charged in the terms of the subsection, and in this passage he is summarizing the position of the defence, *i.e.* that the appellant did not know that a killing might result from the common unlawful purpose. If he did not know that a killing might result from the common unlawful purpose then clearly he did not know that a killing was a probable consequence of the common unlawful purpose.

The trial judge thereafter reviewed in detail the evidence of the various witnesses.

While conceding that, as Martin, J.A. points out, the charge was not as complete or as clear as might be desired, it is my opinion that, in relation to the facts of this case, the jury was made fully aware of the issues to be decided.

légitime, dont la preuve lui incombe, s'introduit ou se trouve en une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre un acte criminel

Vous voyez maintenant pourquoi je vous dis que l'art. 307 fait du par. (2) de l'art. 21 une disposition que vous devez prendre en considération.

Après avoir traité de la thèse du ministère public dans le passage que je viens de citer, le juge de première instance a parlé de la thèse de la défense:

[TRADUCTION] Quant à MacDonald, selon sa défense, non seulement n'a-t-il pas fourni le fusil à Pentiluk, mais il ne savait même pas que ce dernier était armé avant qu'ils n'arrivent au 14, avenue Seymour et la seule raison de sa présence à cette adresse, au moment de la fusillade, est celle mentionnée dans sa déclaration, c'est-à-dire se battre avec Derek Hannan; il prétend n'avoir rien fait, selon les termes de l'art. 21 du Code criminel, pour aider ou encourager Pentiluk à commettre les meurtres et n'avoir pas formé avec lui le projet de poursuivre une fin illégale, en sachant qu'un meurtre pourrait en résulter.

L'avocat de l'appelant insiste sur le fait que dans ce passage, le juge de première instance emploie la phrase «sachant qu'un meurtre pourrait en résulter» alors que le par. 21(2) du *Code criminel* dit «que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable . . .». Toutefois, le jury avait déjà reçu des directives modelées sur le libellé de ce paragraphe et dans ce passage, le juge du procès ne fait que résumer la thèse de la défense, c.-à-d. que l'appelant ne savait pas qu'un meurtre pourrait résulter de la réalisation de la fin illégale poursuivie en commun. S'il ne savait pas que tel pouvait être le résultat, il est évident qu'il ne savait pas que la réalisation de cette fin commune aurait pour conséquence probable la perpétration d'un meurtre.

Par la suite, le juge de première instance a soigneusement passé en revue les dépositions des divers témoins.

Bien qu'à l'instar du juge Martin, j'estime que les directives n'étaient pas aussi complètes ni aussi claires qu'il aurait été souhaitable, je suis d'avis qu'au regard des faits de l'espèce, le jury a été pleinement saisi de tous les points litigieux à trancher.

On the issue of s. 21(1)(b) and (c), aiding and abetting, the trial judge pointed out that, on the Crown evidence, the appellant supplied the gun and the ammunition and drove Pentiluk to the scene of the crime. He also reviewed the evidence which showed that the appellant was in the house with Pentiluk when the offences occurred.

On the issue of s. 21(2), dealing with carrying out a common unlawful purpose, he referred to s. 307(1) of the *Criminal Code*. He could have gone further and pointed out that the appellant and Pentiluk went to the house armed with a shotgun in a common purpose to inflict unlawful violence upon Hannan. He could have gone on to say that if the appellant ought to have known that the killing was a probable consequence of the common purpose the appellant would be a party to the offences. He did not do this, but, as Martin, J.A. points out, his failure to charge the jury more fully on the application of s. 21 to the facts may have inured to the benefit of the appellant.

The charge, as delivered, left it to the jury to decide whether the Crown evidence should be accepted, or whether the appellant's statement that he had merely agreed to fight Hannan and did not foresee a killing should be accepted. On the Crown evidence a reasonable jury would have to reach a verdict of guilty. If the appellant's explanation was accepted, the appellant would be acquitted. The jury brought in a verdict of guilty.

I agree with Martin, J.A. that a reasonable jury, properly instructed would, on the evidence in this case, have inevitably found a verdict of guilty. I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. and DICKSON J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pomerant, Pomerant & Greenspan, Toronto.

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

Quant aux al. 21(1)(b) et c), portant sur l'aide et l'encouragement à commettre une infraction, le juge de première instance a souligné que, selon la preuve produite par le ministère public, l'appelant a fourni le fusil et des munitions à Pentiluk et a conduit ce dernier sur les lieux du crime. Le juge a aussi passé en revue la preuve démontrant que l'appelant était dans la maison avec Pentiluk lorsque les infractions ont été commises.

Quant au par. 21(2), portant sur la poursuite d'une fin illégale commune, le juge a traité des dispositions du par. 307(1) du *Code criminel*. Il aurait pu faire davantage et souligner que l'appelant et Pentiluk se sont rendus à la maison, armés d'un fusil, avec pour fin commune de commettre des voies de fait sur Hannan. Il aurait pu ajouter que l'appelant devait être considéré comme partie aux infractions s'il devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration d'un meurtre. Mais le juge de première instance ne l'a pas fait et comme l'a souligné le juge Martin, en ne donnant pas au jury des directives plus complètes sur l'application de l'art. 21 aux faits, il a pu favoriser l'appelant.

Les directives, telles qu'elles ont été données, laissaient au jury le choix d'accepter la preuve produite par le ministère public ou d'accepter plutôt la déclaration de l'appelant selon laquelle il avait simplement convenu de se battre avec Hannan et n'avait pas pensé qu'un meurtre pouvait être commis. En acceptant la preuve produite par le ministère public, un jury raisonnable devait rendre un verdict de culpabilité. En acceptant les explications de l'appelant, il se devait de l'acquitter. Le jury a prononcé un verdict de culpabilité.

Je partage l'avis du juge Martin selon lequel un jury raisonnable, ayant reçu les directives appropriées, aurait, compte tenu de la preuve en l'espèce, inévitablement rendu un verdict de culpabilité. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN et le juge DICKSON étant dissidents.

Procureurs de l'appelant: Pomerant, Pomerant & Greenspan, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

City of Montreal (Defendant) Appellant;

and

Donalda Vaillancourt (Plaintiff) Respondent.

1976: March 19; 1976: May 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Municipal law — Action against a municipality for damages — Notice mailed within fifteen days of accident and received on the seventeenth day — Saturday not a holiday — Time limits only start to run on date of discovery of accident — Post Office Act, R.S.C. 1970, c. P-14, s. 41 — Interpretation Act, R.S.Q. 1964, c. 1, ss. 52 and 61 — An Act to revise and consolidate the Charter of the City of Montreal, 1959-60 (Qué.), c. 102, arts. 1088 and 1170 — Code of Civil Procedure, arts. 6, 8 and 165(4).

Respondent's husband fell on a sidewalk of the City of Montreal on January 26, 1973 and died a few hours later. Approximately ten days after the accident, on about February 5, the actual cause of her husband's death was made known to respondent, it being the accident and not a heart condition as she had first believed. Fourteen days after the accident, on Friday, February 9, counsel for the respondent sent appellant the notice stipulated in the *Charter of the City of Montreal*. The letter was not received until Monday, February 12, seventeen days after the accident. On the basis of art. 1088 of the *Charter*, appellant filed a motion to dismiss the action. This was granted by the Superior Court, but the judgment was quashed by the Court of Appeal. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

This Court cannot accept the Court of Appeal's conclusion that, on the basis of *Magann v. Auger* (1901), 31 S.C.R. 186, and art. 41 of the *Post Office Act*, appellant satisfied the requirements of art. 1088 of the *Charter of the City of Montreal* by mailing its registered letter on the fourteenth day following the accident. *Magann* can be relied on only if the parties have expressly or implicitly appointed the Post Office as their agent.

This Court also cannot accept the conclusion that when the time limit of fifteen days expires on a Saturday, it is extended until the next following juridical day

**La Ville de Montréal (Défenderesse)
Appelante;**

et

**Donalda Vaillancourt (Demanderesse)
Intimée.**

1976: le 19 mars; 1976: le 5 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit municipal — Action en dommages-intérêts contre une municipalité — Avis mis à la poste dans les quinze jours de l'accident et reçu le dix-septième jour — Samedi jour non férié — Délais ne commençant à courir qu'à la date de la connaissance de l'accident — Loi sur les postes, S.R.C. 1970, c. P-14, art. 41 — Loi d'interprétation S.R.Q. 1964, c. 1, art. 52, 61 — Loi révisant et refondant la Charte de la Ville de Montréal, 1959-60, (Qué.), c. 102, art. 1088, 1170 — Code de procédure civile, art. 6, 8, 165(4).

L'époux de l'intimée a fait une chute sur un trottoir de la Ville de Montréal, le 26 janvier 1973, et il est décédé quelques heures plus tard. Quelque dix jours après l'accident, soit vers le 5 février, l'intimée a appris que la cause du décès de son époux était l'accident, et non pas une maladie de cœur comme elle l'avait cru d'abord. Le quatorzième jour après l'accident, soit le vendredi 9 février, le procureur de l'intimée envoya à l'appelante l'avis prescrit par la *Charte de la Ville de Montréal*. La lettre n'a été reçue que le lundi 12 février, soit le dix-septième jour après l'accident. Se fondant sur l'art. 1088 de la *Charte* l'appelante a présenté une requête en irrecevabilité qui a été accueillie par la Cour supérieure mais infirmée par la Cour d'appel. D'où le pourvoi devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Cette Cour ne peut accepter la proposition de la Cour d'appel qui, s'appuyant sur l'arrêt *Magann c. Auger* (1901), 31 R.C.S. 186, et sur l'art. 41 de la *Loi sur les postes* conclut que l'appelante a satisfait aux exigences de l'art. 1088 de la *Charte de la Ville de Montréal* en mettant à la poste sa lettre recommandée le quatorzième jour après l'accident. L'arrêt *Magann* ne s'applique que lorsque les parties ont choisi la poste comme agent, expressément ou implicitement.

Cette Cour ne reconnaît pas non plus la prétention que lorsque le délai de quinze jours expire un samedi, il est prolongé jusqu'au jour non férié suivant, qui aurait

(Monday in the case at bar). Even though the *Code of Civil Procedure* considers Saturday a non-judicial day, it is the general law found in the *Interpretation Act* which is applicable, and it uses the word "holiday", not "non-judicial day". Nowhere in this provision is Saturday defined as a holiday.

Nevertheless, although this Court does not accept the reasoning of the Court of Appeal or respondent's conclusion concerning the extension of the time limit, it dismisses the appeal for another reason. Respondent indicated in her declaration, which must, for the time being, be taken as true, that the real cause of her husband's death only came to her attention on about February 5. The notice imposed by the legislator in both the *Charter* and the *Cities and Towns Act* is a very heavy burden on claimants and must be interpreted as so not to make the exercise of the right aleatory. If, in the case at bar, the starting point of the time limit is the date of the accident and not the date of discovery, the limit becomes so short as to be practically a denial of the right of action. This would be an extravagant conclusion. Therefore, one must conclude that the limit did not start to run until around February 5 and that, consequently, receipt of the letter by appellant on the twelfth of the same month satisfied the requirements of art. 1088 of the *Charter*.

Magann v. Auger (1901), 31 S.C.R. 186; *City of Montreal North v. Bougie*, [1970] C.A. 148, distinguished; *Charlebois v. Baril*, [1928] S.C.R. 88; *Vaillancourt v. The Eastern Townships Regional School Board*, [1974] C.A. 172, followed; *Blair v. City of Montreal* (1940), Que. K. B. 255; *City of Quebec v. Baribeau*, [1934] S.C.R. 622; *Rhéaume v. City of Quebec*, [1959] S.C.R. 609; *Méthot v. Montreal Transit Commission*, [1972] S.C.R. 387; *City of Ile Perrot v. Goulet-Wiseman*, [1977] 1 S.C.R. 175, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec¹ reversing a judgment of the Superior Court allowing a motion to dismiss the action. Appeal dismissed.

Jean Badeaux, Q.C., for the appellant.

Allen Feldman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—By its motion to dismiss, defendant-appellant is seeking to have plaintiff-respondent deprived of her right of action on the

¹ [1975] C.A. 399.

été le lundi. Même si le *Code de procédure civile* assimile le samedi à un jour non juridique, il faut appliquer la loi générale que l'on retrouve dans la *Loi d'interprétation*, qui emploie l'expression «jour férié» et non pas «jour juridique» et qui nulle part ne qualifie le samedi de jour férié.

Toutefois, sans accepter le raisonnement de la Cour d'appel, ni la prétention de l'intimée quant à la prolongation du délai, cette Cour rejette le pourvoi pour un autre motif. Selon l'affirmation contenue dans la déclaration, qu'il faut pour l'instant tenir pour avérée, l'intimée ne sut que vers le 5 février que l'accident avait été la cause réelle du décès de son époux. L'avis imposé par le législateur, aussi bien dans la *Charte* que dans la *Loi des cités et villes*, est un fardeau très lourd imposé aux réclamants et il ne faut pas l'interpréter de façon à rendre l'exercice du droit aléatoire. Si en l'espèce le délai doit courir à compter de la date de l'accident et non pas à compter de la date à laquelle l'intimée en eut connaissance, ce délai devient tellement court qu'il est pratiquement une négation du droit d'action: ce serait là une conclusion exorbitante. Il faut donc considérer que le délai n'a commencé à courir que vers le 5 février et, par conséquent, la réception de la lettre par l'appelante le 12 du même mois a satisfait aux exigences de l'art. 1088 de la *Charte*.

Distinction faite avec les arrêts: *Magann c. Auger* (1901), 31 R.C.S. 186; *Ville de Montréal-Nord c. Bougie*, [1970] C.A. 148; arrêts suivis: *Charlebois c. Baril*, [1928] R.C.S. 88; *Vaillancourt c. Commission scolaire régionale de l'Estrie*, [1974] C.A. 172; arrêts mentionnés: *Blair c. Cité de Montréal* (1940), 68 B.R. 255; *Cité de Québec c. Baribeau*, [1934] R.C.S. 622; *Rhéaume c. La Cité de Québec*, [1959] R.C.S. 609; *Méthot c. La Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387; *Cité de Île Perrot c. Goulet-Wiseman*, [1977] 1 R.C.S. 175.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure accueillant une requête en irrecevabilité. Pourvoi rejeté.

Jean Badeaux, c.r., pour l'appelante.

Allen Feldman, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Par sa requête en irrecevabilité, la défenderesse-appelante veut faire déclarer la demanderesse-intimée déchue de son

¹ [1975] C.A. 399.

grounds that the notice of accident was not received by the City within fifteen days of the event, but seventeen days thereafter (art. 1088 of the *Charter of the City of Montreal*). The suit claims damages as a result of the death of respondent's husband, who died a few hours after falling on a sidewalk of the municipality on Friday, January 26, 1973. On Friday, February 9, a notice was sent to the City as stipulated by its *Charter*, by registered mail, but this letter was not received until Monday, February 12. The motion to dismiss the action was granted by the Superior Court in a judgment without reasons (December 17, 1973), but this judgment was quashed by the Court of Appeal. Appellant obtained leave to enter an appeal to this Court.

It is first of all necessary to quote art. 1088:

Notwithstanding any legislative provisions inconsistent herewith, no right of action shall exist against the city for the damages resulting from bodily injury caused by an accident, or for damages to moveable or immoveable property, unless within thirty days from the date of such accident or damages, and, in the case of accident and damages caused by a fall on the sidewalk or the roadway, unless within fifteen days from the date of such accident, the city has received a written notice containing the particulars of the damages sustained, indicating the surname, Christian names, occupation and address of the person who has suffered the same, giving the cause of such damages and specifying the date and place where the same occurred.

No action for damages or for compensation shall be instituted against the city before the expiration of thirty days from the date of the receipt by the city of the notice prescribed in the preceding paragraph.

The absence of such notice shall not, however, deprive the victim of an accident of his right of action, if he proves that he has been hindered from giving it by irresistible force or for any other similar reason deemed valid by the judge or the court but no reason shall be declared valid if the victim of the accident has been able to communicate with some relation, friend or acquaintance during the course of the fifteen days specified by the first paragraph or if, within such delay, he has signed a transfer of a part of his claim in favour of a third party.

The Court of Appeal's finding is based on s. 41 of the *Post Office Act*, R.S.C. 1970, c. P-14, which reads as follows:

droit d'action pour le motif que l'avis d'accident n'a pas été reçu par la Ville dans les quinze jours de l'événement, mais seulement le dix-septième jour (art. 1088 de la *Charte de la Ville de Montréal*). L'action réclame des dommages à la suite de la mort de l'époux de l'intimée dans les heures qui ont suivi la chute du défunt sur un trottoir de la municipalité le vendredi, 26 janvier 1973. Le vendredi, 9 février, fut adressé à la Ville l'avis prescrit par sa *Charte*, et ce sous pli recommandé, mais cette lettre ne fut reçue que le lundi, 12 février. La requête en irrecevabilité fut accueillie par la Cour supérieure dans un jugement non motivé (17 décembre 1973) qui fut cassé par la Cour d'appel. L'appelante a obtenu permission d'inscrire devant nous.

Il faut citer tout d'abord l'art. 1088:

Nonobstant toute disposition législative inconciliable avec la présente, nul droit d'action n'existe contre la ville pour dommages-intérêts résultant de blessures corporelles infligées par suite d'un accident ou pour dommages à la propriété mobilière ou immobilière, à moins que, dans les trente jours de cet accident ou de ces dommages et, dans les cas d'accident et de dommages résultant d'une chute sur un trottoir ou sur la chaussée, à moins que, dans les quinze jours de cet accident, elle n'ait reçu un avis écrit, mentionnant en détail les dommages soufferts, indiquant les nom, prénoms, occupation et adresse de la personne qui les a subis, donnant la cause de ces dommages et précisant la date et l'endroit où ils se sont produits.

Aucune action en dommages-intérêts ou en indemnité ne peut être intentée contre la ville avant l'expiration des trente jours qui suivent la date de la réception, par la ville, de l'avis prescrit par l'alinéa précédent.

L'absence d'un tel avis ne prive cependant pas la victime d'un accident de son droit d'action, si elle prouve qu'elle a été empêchée de le donner par force majeure ou pour d'autres raisons analogues que le juge ou le tribunal estime valables, mais aucune raison ne peut être déclarée valable si la victime de l'accident a pu communiquer avec quelque parent, ami ou connaissance, au cours des quinze jours mentionnés au premier alinéa ou si, dans ce délai, elle a signé un transport d'une partie de sa réclamation en faveur d'un tiers.

La conclusion de la Cour d'appel est fondée sur l'art. 41 de la *Loi sur les postes*, S.R.C. 1970, c. P-14:

Subject to the provisions of this Act and the regulations respecting undeliverable mail, mailable matter becomes the property of the person to whom it is addressed when it is deposited in a post office.

Basing itself on *Magann v. Auger*², and on the interpretation of that case in *City of Montreal North v. Bougie*³, the Court of Appeal concluded that since the registered letter was mailed on the fourteenth day after the accident and thereby became the "property" of the City under the terms of s. 41, the City is deemed by law to have received the notice at that time, even though the notice was not actually received until the seventeenth day after the accident. I cannot agree with this finding.

Magann deals with a very specific question, namely, the place of formation of a contract when the parties have selected the mail as the means of communicating an offer and its acceptance. This was a very specific case and this narrow rule cannot be extended generally to all cases, as was pointed out in *Charlebois v. Baril*⁴. I can do no better than to cite the holding:

Held that the decision of this court in *Magann v. Auger* (31 Can. S.C.R. 186), holding that the mailing of the plaintiff's letter of acceptance to the defendant constituted communication of it to him, has no application to a case where the offer is communicated, as in the present case, not by mail, but by other means. The *Magann Case* was one of contract by correspondence; and, the offer having been sent by mail, that was held to constitute a nomination by the sender of the post office as his agent to receive the acceptance for carriage to him. To make a contract the law requires communication of offer and acceptance alike either to the person for whom each is respectively intended or to his authorized agent.

This principle, that s. 41 of the *Post Office Act* may be relied on only if the parties have expressly or implicitly appointed the Post Office as their agent for the relevant purposes, has been reaffirmed on several occasions in several cases arising from various circumstances. Reference need only

² (1901), 31 S.C.R. 186.

³ [1970] C.A. 148.

⁴ [1928] S.C.R. 88.

Sous réserve des dispositions de la présente loi et des règlements relatifs aux objets non livrables, les objets transmissibles deviennent la propriété de la personne à qui ils sont adressés dès qu'ils sont déposés à un bureau de poste.

S'appuyant sur l'arrêt *Magann c. Auger*², et sur la lecture qui en fut faite dans l'arrêt *Ville de Montréal-Nord c. Bougie*³, la Cour d'appel conclut que, la lettre recommandée ayant été confiée à la poste le quatorzième jour après l'accident et étant alors devenue «la propriété» de la Ville aux termes de cet article 41, celle-ci est censée en droit avoir reçu l'avis à ce moment-là, même si effectivement cet avis ne fut reçu que le dix-septième jour après l'accident. Je ne puis accepter cette conclusion.

L'arrêt *Magann* traite d'une question bien spécifique, savoir le lieu de la formation d'un contrat lorsque les parties ont choisi la poste comme mode de transmission d'une proposition et de son acceptation. Il s'agit là d'un cas bien précis et cette règle étroite ne peut être étendue généralement à tous les domaines ainsi que l'a souligné l'arrêt *Charlebois c. Baril*⁴. Je ne peux faire mieux que d'en citer le jugé:

[TRADUCTION] *Arrêt*: La décision de cette Cour dans *Magann c. Auger* (31 R.C.S. 186), portant que le dépôt à la poste de la lettre d'acceptation du demandeur, adressée au défendeur, constituait une communication à celui-ci de la teneur de la lettre, n'est pas applicable à un cas où l'offre est communiquée, comme en l'espèce, non par courrier mais par d'autres moyens. Dans l'affaire *Magann*, il s'agissait d'un contrat par correspondance; l'offre ayant été envoyée par courrier, on a jugé que l'expéditeur de la lettre s'était ainsi trouvé à constituer la poste son agent pour recevoir l'acceptation qui lui était destinée. Aux termes de la loi, pour qu'il y ait contrat, l'offre et l'acceptation doivent toutes deux être communiquées soit à la personne à laquelle elles sont respectivement destinées soit à son agent autorisé.

Ce principe que l'art. 41 de la *Loi sur les postes* ne peut être invoqué que si les parties ont expressément ou implicitement constitué le ministère des Postes comme leur agent pour les fins pertinentes a été réaffirmé à plusieurs reprises dans plusieurs espèces découlant de circonstances diverses. Il

² (1901), 31 R.C.S. 186.

³ [1970] C.A. 148.

⁴ [1928] R.C.S. 88.

be made here to *Vaillancourt v. The Eastern Townships Regional School Board*⁵, especially at p. 173.

Respondent maintained that since the *City Charter* contains provisions which allow it, for example, to send tax bills to taxpayers by mail, it thereby appoints the Post Office as its agent for all legal purposes. This argument must be rejected because, in themselves, such legislative provisions cannot constitute the express or implied consent required by the authorities. This is especially true as the *Charter* has the following to say about municipal notices in art. 1170:

Any special notice which, under this chapter, is required to be given to any person may, unless otherwise provided, be served upon him at his residence or place of business in the city. If he has no residence or place of business in the city, he may signify his address in writing to the city clerk, in which case any notice may validly be sent to him to that address by registered mail. A person who has no residence or place of business in the city and has not so signified his address to the clerk shall not be entitled to such notice.

Thus the rule is that in matters of special notice by the City, service is required. Consequently it cannot be held that matters of special notice to the City, as in this case, the rule is so different as to constitute the Post Office the City's agent.

Appellant is thus right in maintaining that the Court of Appeal's finding cannot be supported by the *Post Office Act*. In saying this, I am not expressing any opinion on the situation in terms of s. 622 of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q. 1964, c. 193, dealt with in *City of Montreal North v. Bougie* cited above, except to emphasize that I see a major difference between the word "give", found in the *Cities and Towns Act*, and the word "receive", found in the *Charter of the City of Montreal*.

Respondent submits a second argument in support of the Court of Appeal's finding, namely, that Saturday and Sunday must not be counted in calculating time limits, since they are considered

suffit de mentionner ici l'arrêt *Vaillancourt c. Commission scolaire régionale de l'Estrie*⁵, particulièrement à la p. 173.

L'intimée a soumis que la *Charte de la Ville* contenant des dispositions lui permettant de transmettre, par exemple, l'état des taxes aux contribuables par voie de la poste constitue le Ministère comme son agent à toutes fins que de droit. Cette prétention doit être écartée parce que, en soi, de telles dispositions législatives ne sauraient constituer le consentement exprès ou implicite requis par la jurisprudence. D'autant plus que la *Charte*, lorsqu'elle traite des avis municipaux dans son art. 1170, affirme:

Tout avis spécial qui, en vertu de la présente charte, doit être donné à quelque personne peut, sauf prescription contraire, lui être signifié à sa résidence ou à sa place d'affaires dans la ville. Si elle n'y possède ni l'une ni l'autre, elle peut fournir son adresse, par écrit, au greffier de la ville et alors tout avis peut valablement lui être transmis à cette adresse par poste recommandée. Une personne qui n'a ni résidence ni place d'affaires dans la ville et qui n'a pas ainsi fait connaître son adresse au greffier n'a pas droit à cet avis.

La règle est donc qu'en matière d'avis spécial par la Ville, il faut signification. On ne peut par conséquent affirmer qu'en matière d'avis spécial à la Ville, ce qui est le cas ici, la règle est différente au point que le ministère des Postes est constitué l'agent de la Ville.

L'appelante a donc raison de soumettre que la conclusion de la Cour d'appel ne peut s'appuyer sur la *Loi sur les postes*. Ce disant, je n'exprime aucun avis sur la situation aux termes de l'art. 622 de la *Loi des cités et villes*, S.R.Q. 1964, c. 193, étudiée dans l'arrêt *Ville de Montréal-Nord c. Bougie* précité, sauf pour souligner que je vois une différence majeure entre le mot «donner» que l'on retrouve dans la *Loi des cités et villes* et le mot «recevoir» que l'on retrouve dans la *Charte de la Ville de Montréal*.

L'intimée nous soumet un deuxième argument au soutien de la conclusion de la Cour d'appel, savoir que le samedi et le dimanche ne doivent pas être comptés dans le calcul des délais, étant consi-

⁵ [1974] C.A. 172.

⁵ [1974] C.A. 172.

non-judicial days. Because of its finding on the first point, the Court of Appeal did not think it necessary to deal with this point. Respondent cites the third paragraph of art. 8 of the *Code of Civil Procedure*:

In computing any delay fixed by this Code or any of its provisions, including the delays for appeal:

3. Saturday is considered a non-judicial day, as are the 2nd of January and the 26th of December.

She contends that since the courts have held (see *Blair v. City of Montreal*⁶; *City of Montreal v. Choquette*, unpublished decision of June 4, 1973, No. 14642 C.A., Montreal, for which leave to appeal was denied by this Court on October 2, 1973⁷) that a notice of accident is not late if it is received on the sixteenth day when the fifteenth day is a Sunday, the same reasoning applies when the fifteenth day is a Saturday. Are Saturday and Sunday wholly equivalent? I think not.

Article 6 lists non-judicial days for all procedural matters governed by the Code. It is only by extension and for purposes of the *Code of Civil Procedure* that Saturday "is considered a non-judicial day". The *Commissioners' Report* on arts. 7 and 8 clearly establishes the limited scope of this provision:

The fact of assimilating Saturday to a non-judicial day in the calculation of a procedural delay permits taking into account the habit of lawyers of not opening their offices on Saturdays. It has been suggested that Saturday should be treated in all cases and for all purposes as a Sunday, but there are objections to so doing. First of all it is necessary to think of the interests of a party whose right might be on the point of being prescribed. It is also necessary to take into account that in certain urgent circumstances it may be desirable that some juridical act may be done on a Saturday. Finally, would it not perhaps be too much to add to the non-judicial days the fifty-two Saturdays in the year? However, it might be appropriate to make an exception for the Court of Appeal, but in such case an independent provi-

⁶ (1940), 68 Que. K.B. 255.

⁷ [1973] S.C.R. xii.

dérés jours non juridiques. Vu sa conclusion sur le premier moyen, la Cour d'appel ne crut pas nécessaire d'étudier celui-ci. L'intimée invoque le troisième alinéa de l'art. 8 du *Code de procédure civile*:

Dans la computation de tout délai fixé par ce code, ou imparti en vertu de quelque-une de ses dispositions, y compris un délai d'appel:

3. le samedi est assimilé à un jour non juridique, de même que le 2 janvier et le 26 décembre.

Elle soumet que, la jurisprudence (voir *Blair c. Cité de Montréal*⁶; *Ville de Montréal c. Choquette*, arrêt non publié du 4 juin 1973, n° 14642 C.A., Montréal, dont permission d'appel fut refusée par cette Cour le 2 octobre 1973⁷) étant à l'effet qu'un avis d'accident n'est pas tardif s'il est reçu le seizième jour alors que le quinzième est un dimanche, le même raisonnement s'applique lorsque le quinzième jour est un samedi. Cette équivalence entre le samedi et le dimanche est-elle totale? Je ne le crois pas.

Pour toutes les matières de procédure régies par le Code, l'art. 6 donne la liste des jours non juridiques. Ce n'est que par extension et pour fins du *Code de procédure civile* seulement que le samedi «est assimilé à un jour non juridique». Le *Rapport des commissaires* sur les art. 7 et 8 établit nettement la portée restreinte de cette disposition:

Le fait d'assimiler le samedi à un jour non juridique dans la computation d'un délai de procédure permet de tenir compte de l'habitude des avocats qui n'ouvrent pas leur étude le samedi. On a suggéré d'assimiler dans tous les cas, et pour toutes fins, le samedi au dimanche, mais il y a à cela des objections. D'abord, il faut penser à l'intérêt d'une partie dont un droit serait sur le point de se prescrire. Il faut aussi tenir compte de l'avantage qu'en certaines circonstances d'urgence il peut y avoir à ce qu'un acte juridique puisse être fait le samedi. Enfin, ne serait-il pas un peu excessif d'ajouter aux jours non juridiques les cinquante-deux samedis de l'année. Cependant, il y aurait peut-être lieu de faire exception pour ce qui concerne la Cour d'appel; mais alors une disposition indépendante pourrait aisément être adoptée,

⁶ (1940), 68 B.R. 255.

⁷ [1973] R.C.S. xii.

sion of law can easily be adopted if it is considered appropriate.

A notice of an accident is not a mere procedural measure. The leading case of *The City of Quebec v. Baribeau*⁸, established this and it has been affirmed many times since. As examples may be mentioned *Rhéaume v. City of Quebec*⁹, and *Méthot v. Montreal Transit Commission*¹⁰. Thus it is not the *Code of Civil Procedure* that is applicable in the case at bar, but the general law found in the *Interpretation Act*, R.S.Q. 1964, c. 1, s. 61, which uses the word "holiday", not "non-judicial day". Nowhere in this provision is Saturday defined as a holiday. Under the general law, Saturday is thus a day like any other, which clearly is not the case with Sunday and the other holidays listed in the *Interpretation Act*. It is precisely because Sunday and these other days are holidays, and s. 52 of the *Interpretation Act* states:

If the delay fixed for any proceeding or for the doing of anything expire on a non-judicial day, such delay shall be extended until the next following judicial day. (emphasis mine)

that the Court of Appeal in *Blair and Choquette* came to the conclusion that, in the circumstances of these cases, the time limit was extended to the following day. That is not the situation in the case at bar and I must conclude that, when the time limit of fifteen days expires on a Saturday, it is not "extended until the next following judicial day".

In her pleading before this Court, respondent has for the first time raised the following point:

—the motion to dismiss appellant's action presupposes that the facts alleged are true (art. 165(4) *C.C.P.*);

—article 8 of the declaration attached to the writ alleges:

THAT it was only approximately ten (10) days following the accident that the actual cause of the death of the late Arthur Thomas Lovett was made known to

⁸ [1934] S.C.R. 622.

⁹ [1959] S.C.R. 609.

¹⁰ [1972] S.C.R. 387.

si on le jugeait à propos.

Or l'avis d'accident ne constitue pas une simple mesure de procédure. L'arrêt classique *Cité de Québec c. Baribeau*⁸, l'a établi et l'affirmation a été reprise maintes fois depuis. A titre d'exemples, je mentionnerai *Rhéaume c. La Cité de Québec*⁹ et *Méthot c. La Commission de Transport de Montréal*¹⁰. Ce n'est donc pas le *Code de procédure* qui s'applique en l'espèce mais bien la loi générale que l'on retrouve dans la *Loi d'interprétation*, S.R.Q. 1964, c. 1, art. 61, qui emploie l'expression «jour férié» et non pas «jour non juridique». Nulle part dans ce texte ne trouve-t-on le samedi qualifié de jour férié. Aux termes de la loi générale, le samedi est donc un jour comme un autre, ce qui n'est évidemment pas le cas du dimanche et des autres jours fériés mentionnés dans la *Loi d'interprétation*. C'est précisément parce que le dimanche et ces autres jours sont fériés et que l'art. 52 de la *Loi d'interprétation* affirme:

Si le délai fixé pour une procédure ou pour l'accomplissement d'une chose expire un jour férié, ce délai est prolongé jusqu'au jour non férié suivant (le souligné est de moi)

que la Cour d'appel dans les arrêts *Blair et Choquette* en est venue à la conclusion que le délai dans ce cas était prolongé au lendemain. Telle n'est pas la situation en l'espèce et il me faut conclure que, lorsque le délai de quinze jours expire un samedi, il n'est pas «prolongé jusqu'au jour non férié suivant».

Lors de l'argumentation devant nous, l'intimée a soulevé pour la première fois le moyen suivant:

—la requête en irrecevabilité présuppose que les faits allégués sont vrais (art. 165(4) *C.p.c.*);

—or, l'art. 8 de la déclaration attachée au bref allègue:

[TRADUCTION] QUE ce n'est qu'environ dix (10) jours après l'accident qu'on a informé la demanderesse de la cause véritable du décès d'Arthur Thomas

⁸ [1934] R.C.S. 622.

⁹ [1959] R.C.S. 609.

¹⁰ [1972] R.C.S. 387.

the Plaintiff, it being theretofore reported in the Police report and the said Arthur Thomas Lovett was believed to have died from a heart condition and Plaintiff was only able to communicate with legal counsel at the earliest, on the afternoon of February 8th 1973;

—hence the starting point of the time limit for the notice could only be around February 5, so that the letter received by the City on February 12 was received within the legal limit.

There is no doubt that the two premises of this syllogism are correct. Is the conclusion also correct? I think so.

There is no doubt that the legislator imposed a very heavy burden on claimants in cases covered by art. 1088 of the *Charter*. This burden is in derogation of the general law in matters of delictual liability, and as such must be interpreted so as not to make the exercise of the right aleatory.

Furthermore, it must be remembered that the legal provision requiring notice of an accident admits of exceptions; in other words, the obligation to give notice is not absolute. Cases can arise which allow the claimant to proceed anyway with his action without giving notice. This has been decided *inter alia* by this Court in *City of Ile Perrot v. Goulet-Wiseman*¹¹, which, though decided under the *Cities and Towns Act*, expresses the rule which must guide us in our study of appellant's *Charter*. I quote the following from it:

... if no notice has been given, and if this failure has sufficient justification, the victim is relieved of his obligation and may institute proceedings without any other previous condition.

The case at bar is halfway between the ordinary case in which the victim is able to give the prescribed notice immediately after the accident occurs and the case considered in *Ile Perrot*, in which the victim was relieved of her obligation because she was not able to give the necessary notice within the prescribed time limit. In the case at bar, since the facts came to the claimant's attention some ten days after the accident (this is

Lovett, alors qu'on avait cru jusque-là—c'est d'ailleurs ce qui figurait au rapport de police—que ledit Arthur Thomas Lovett était décédé d'une maladie de cœur, et que la demanderesse n'a donc pas pu communiquer avec un avocat avant l'après-midi du 8 février 1973;

—donc le point de départ du délai d'avis ne pouvait être qu'aux environs du 5 février de sorte que la lettre reçue par la Ville le 12 février l'a été dans les délais légaux.

Il ne fait pas de doute que les deux prémisses de ce syllogisme sont exactes. La conclusion l'est-elle? Je le crois.

Il est indubitable que le législateur a imposé un fardeau très lourd aux réclamants dans les cas couverts par l'art. 1088 de la *Charte*. Ce fardeau est une dérogation à la loi commune en matière de responsabilité délictuelle et comme telle doit recevoir une interprétation qui ne rende pas l'exercice du droit aléatoire.

Par ailleurs, il faut se souvenir que la prescription de la loi imposant un avis d'accident souffre des exceptions; en d'autres termes, l'obligation de donner l'avis n'est pas absolue. Des cas peuvent se présenter qui permettent au réclamant de procéder quand même avec son action en l'absence d'un avis. C'est ce que décide entre autres notre arrêt *Cité de Ile Perrot c. Goulet-Wiseman*¹¹, qui, bien que rendu sous l'empire de la *Loi des cités et villes*, exprime la règle qui doit nous guider dans l'étude de la *Charte* de l'appelante. J'en extrais la phrase suivante:

... s'il y a absence d'avis et que cette absence a eu pour cause des raisons suffisantes, la victime est relevée de son obligation et peut entamer des procédures sans autre condition préalable.

La présente affaire est à mi-chemin entre le cas ordinaire où la victime dès le moment de l'accident est en mesure de donner l'avis prescrit et le cas étudié dans l'arrêt *Cité de Ile Perrot* où la victime fut relevée de son obligation parce que dans le délai prescrit elle n'était pas en mesure de faire le nécessaire. En l'espèce, les faits étant venus à la connaissance de la réclamante une dizaine de jours après l'événement, (telle est l'affirmation de la

¹¹ [1977] 1 R.C.S. 175.

¹¹ [1977] 1 R.C.S. 175.

indicated in her declaration which must, for the time being, be taken as true), she was obviously not relieved of the obligation created by art. 1088 of the *Charter*. On the other hand, if this obligation has as its starting point not the date of discovery but the date of the accident, we arrive at the situation where the time limit for acting granted to the claimant becomes so short as to be practically a denial of the right of action. This would be an extravagant conclusion which I could not agree with.

I do not see why in matters of prescription the law would recognize the existence of cases which suspend its running while in matters of notice, this would not be true. Even if the notice of accident is not a proceeding, it is impossible for me to consider it more strictly than the prescription. In my opinion it follows that since the period did not start to run until February 5, receipt of the letter by the City on the twelfth satisfied the requirements of art. 1088 of the *Charter*.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Côté, Péloquin & Bouchard, Montreal.

Solicitors for the respondent: Frumkin, Feldman & Glazman, Montreal.

déclaration que, pour l'instant, il faut tenir pour avérée), celle-ci n'était évidemment pas relevée de l'obligation créée par l'art. 1088 de la *Charte*. Par ailleurs, si cette obligation a pour point de départ non pas la date de la connaissance mais la date de l'accident, nous en venons à la situation où le délai d'agir accordé au réclamant devient tellement court qu'il est pratiquement une négation du droit d'action. Ce serait là une conclusion exorbitante à laquelle je ne saurais me rallier.

Je vois mal d'ailleurs pourquoi en matière de prescription la loi reconnaîtrait l'existence de causes qui en suspendent le cours alors qu'en matière d'avis, telle ne serait pas la situation. Même si l'avis d'accident n'est pas une procédure, il m'est impossible de le considérer de façon plus stricte que la prescription. Il suit qu'à mes yeux le délai n'ayant commencé à courir que vers le 5 février, la réception de la lettre par la Ville le 12 a satisfait aux exigences de l'art. 1088 de la *Charte*.

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Côté, Péloquin & Bouchard, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Frumkin, Feldman & Glazman, Montréal.

Alimport (Empresa Cubana Importadora de Alimentos) (Plaintiff) Appellant;

and

Victoria Transport Ltd. (Defendant) Respondent.

1976: March 23; 1976: May 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT FOR APPEAL OF QUEBEC

Declinatory exception — Mandatory limit — Jurisdiction ratione personae and ratione materiae — Election of domicile — Court determined by agreement of parties — Civil Code, arts. 57, 85 and 1013 — Code of Civil Procedure, arts. 9, 68, 152, 161, 163, 164, 168 and 170.

Appellant (the purchaser), the head office of which is in Havana, Cuba, brought an action in the Superior Court of Montreal against respondent (the seller), which has its head office in Grand Falls, New Brunswick, for faulty performance of a contract. The contract contained a clause stipulating that in the case of a discrepancy in which the defendant is the seller, the parties will submit themselves to the courts in Montreal. Notice of the action was served by mail in Grand Falls on May 15, 1973, and the defendant appeared within the time fixed and submitted a motion for security. This motion was granted on June 28, the required security was provided on July 4, and notice thereof was given on the same date. On July 23, defendant served notice of a motion for particulars. These were provided on December 19. On April 29, 1974, respondent served notice of the declinatory exception in question. The Superior Court dismissed the exception for the sole reason that it was not submitted within the time limit which, in the case at bar, had started to run on the day on which the notice that security was being provided was given, namely, on July 4. A majority of the Court of Appeal reversed the judgment on the grounds that there was a lack of jurisdiction *ratione materiae* that could be raised at any time. Plaintiff appeals to this Court with its leave.

Held: The appeal should be allowed.

The delay provided by art. 161 of the *Code of Civil Procedure* is a mandatory delay applied to all cases contemplated in art. 168, with the exception of cases

Alimport (Empresa Cubana Importadora de Alimentos) (Demanderesse) Appelante;

et

Victoria Transport Ltd. (Défenderesse) Intimée.

1976: le 23 mars; 1976: le 5 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Exception déclinatoire — Délai de rigueur — Compétence ratione personae et ratione materiae — Élection de domicile — Tribunal déterminé par la convention entre les parties — Code civil, art. 57, 85 et 1013 — Code de procédure civile, art. 9, 68, 152, 161, 163, 164, 168 et 170.

L'appelante, (l'acheteur), dont le siège social est à La Havane, Cuba, a intenté une action en Cour supérieure à Montréal contre l'intimée, (le vendeur), dont le siège social est à Grand Falls, Nouveau-Brunswick, pour mauvaise exécution d'un contrat. Ce dernier contenait une clause stipulant qu'en cas de différend, si la défenderesse est le vendeur, les parties s'en remettent aux tribunaux de Montréal. L'action a été signifiée par la poste à Grand Falls, le 15 mai 1973, et la défenderesse a comparu dans le délai fixé et présenté une requête pour cautionnement. La requête a été accordée le 28 juin et le cautionnement requis a été fourni le 4 juillet et avis en a été donné à la même date. Le 23 juillet la défenderesse a fait signifier une demande de précisions qui ont été fournies le 19 décembre. Le 29 avril 1974, l'intimée a fait signifier l'exception déclinatoire qui fait l'objet de ce litige. La Cour supérieure a rejeté l'exception pour l'unique motif qu'elle n'avait pas été présentée dans le délai requis qui, en l'espèce, a commencé à courir le jour où l'on a donné l'avis que le cautionnement avait été fourni, soit le 4 juillet. La majorité de la Cour d'appel a infirmé ce jugement pour le motif qu'il s'agissait d'une incompétence *ratione materiae* qui pouvait être soulevée en tout état de cause. La demanderesse se pourvoit devant cette Cour avec l'autorisation de celle-ci.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Le délai déterminé par le *Code de procédure civile* à l'art. 161 est un délai de rigueur qui s'applique à tous les moyens prévus à l'art. 168, à l'exception des cas visés à

dealt with in art. 171, and also with the exception of the lack of jurisdiction *ratione materiae* which, under art. 164, can be raised at any time. By indicating that certain delays are mandatory, art. 170 does not prevent others from also being mandatory. It follows that the lack of jurisdiction *ratione personae* is covered by the appearance of the defendant and its failure to raise the point within the prescribed time. Further, the motion for particulars implied submission to the Court's jurisdiction.

It was not a question of lack of jurisdiction *ratione materiae* that could be raised at any time, but of jurisdiction *ratione personae* since the problem is one of determining the domicile of one party. The Privy Council and the Court of Cassation both held that international jurisdiction may be determined by extension of the rules governing domestic territorial jurisdiction, found in Quebec in art. 27 C.C. and art. 68 C.C.P.

The clause in the contract constituted a true election of domicile in Montreal, even though the words "election of domicile" are not to be found there. In consensual contracts, the parties' intention expressed with sufficient clarity is considered enough. In the case at bar, this intention was that the competent court should be in Montreal, which is an effect of an election of domicile.

Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board, [1953] 2 S.C.R. 140; *Kondylis v. Greyhound Lines of Canada Ltd.*, [1973] R.P. 241; *Trower and Sons, Ltd. v. Ripstein*, [1944] A.C. 254, set aside [1942] S.C.R. 107, restored (1940), 69 Que. K.B. 424, referred to; *The First National Bank of Boston v. La Sarchi Compagnie*, [1961] Que. Q.B. 702; *Magann v. Auger* (1901), 31 S.C.R. 186, distinguished.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec reversing the judgment of the Superior Court dismissing the declinatory exception. Appeal allowed and judgment of the Superior Court restored.

H. Solomon, Q.C., for the appellant.

George A. Allison, Q.C., and *Claude Décarie*, for the respondent.

l'art. 171 et à l'exception aussi de l'incompétence *ratione materiae* qui, en vertu de l'art. 164 peut être soulevée en tout état de cause. En précisant que certains délais sont de rigueur, l'art. 170 n'empêche pas que d'autres le soient également. Il s'ensuit que l'incompétence *ratione personae* est couverte par la comparution du défendeur et son omission de l'invoquer dans le déali prescrit. De plus, la demande de précisions impliquait l'acceptation de la juridiction du tribunal.

Il ne s'agissait pas d'un défaut de juridiction *ratione materiae* qui pouvait être soulevé en tout état de cause, mais uniquement de compétence *ratione personae* puisque le problème portait sur la détermination du domicile d'une partie. Le Conseil privé et la Cour de cassation ont tous deux décidé que la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne que l'on trouve au Québec à l'art. 27 C.c. et à l'art. 68 C.p.c.

La clause contenue au contrat constituait une véritable élection de domicile à Montréal, même si les mots «élection de domicile» ne s'y trouvent pas. Dans les contrats consensuels il faut donner effet à l'intention des parties suffisamment exprimée. En l'espèce, cette intention était de constituer le tribunal de Montréal comme tribunal compétent, ce qui est une conséquence d'une élection de domicile.

Arrêts mentionnés: *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. La Commission des Relations de Travail*, [1953] 2 R.C.S. 140; *Kondylis v. Greyhound Lines of Canada Ltd.*, [1973] R.P. 241; *Trower and Sons, Ltd. v. Ripstein*, [1944] A.C. 254, inf. [1942] R.C.S. 107, rét. (1940), 69 B.R. 424; distinction faite avec les arrêts: *The First National Bank of Boston c. La Sarchi Compagnie*, [1961] B.R. 702; *Magann c. Auger* (1901), 31 R.C.S. 186.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec infirmant un jugement de la Cour supérieure rejetant l'exception déclinatoire. Pourvoi accueilli et jugement de la Cour supérieure rétabli.

H. Solomon, c.r., pour l'appelante.

George A. Allison, c.r., et *Claude Décarie*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—This appeal is against a majority decision of the Court of Appeal of Quebec reversing the judgment of Châteauguay Perrault J. of the Superior Court who had dismissed, for the sole reason that it was filed too late, the declinatory exception made by respondent Victoria Transport Ltd. against the action brought by appellant Alimport. This action claimed from Victoria Transport the sum of \$433,622.59 for damages arising from the faulty performance of a contract of sale of seed potatoes. In this agreement, as in the writ of summons, Alimport, the purchaser, is described as having its head office in Havana, Cuba, and Victoria Transport, the vendor, as having its head office in Grand Falls, New Brunswick. The contract contains the following clause:

ARBITRATION

Both parties agree to comply with the terms and conditions of this Size Contract in good faith. Any discrepancy (sic) which may arise from this Contract shall be settled through friendly negotiations between both parties. If the afore-mentioned negotiations fail and it become impossible to reach an agreement, both parties will submit themselves to the Courts in the City of Havana and to the currents (sic) laws in Cuba, in case the defendant be the BUYER, and to the Courts in the City of Montreal; and to the currents (sic) laws in Canada, in case the defendant be the SELLER. This should be confirmed by a Certificate issued by the Chamber of Commerce of the SELLER or BUYER'S Country.

In accordance with an authorization given under art. 138 *C.C.P.*, notice of the action was served by mail and received in Grand Falls on May 15, 1973. The time limit for an appearance was thirty days. Defendant appeared on June 8 and on June 13, that is within the time fixed by art. 152 *C.C.P.*, defendant asked that the time allowed for defending the action not commence to run until security for costs had been given. This motion was granted on June 28, the required security was provided on July 4 and notice thereof was given. Then, on July 23, defendant served notice of a motion for particulars. These were provided on December 19. Only on April 29, 1974 did Victoria Transport

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Le pourvoi attaque un arrêt majoritaire de la Cour d'appel du Québec qui a infirmé le jugement du juge Châteauguay Perrault de la Cour supérieure lequel avait rejeté pour l'unique motif qu'elle a été présentée trop tard, l'exception déclinatoire faite par l'intimée Victoria Transport Ltd. à l'encontre de l'action de l'appellante Alimport. Cette action réclame de Victoria Transport une somme de \$433,622.59 pour dommages découlant de la mauvaise exécution d'un contrat de vente de pommes de terre de semence. Dans cette convention, ainsi que dans le bref d'assignation, Alimport, l'acheteur, est décrite comme ayant son siège social à La Havane, Cuba, et Victoria Transport, le vendeur, comme ayant son siège social à Grand Falls, Nouveau-Brunswick. On y trouve la clause suivante:

ARBITRAGE

[TRADUCTION] Les deux parties s'engagent à respecter de bonne foi les modalités de ce contrat. Tout différend susceptible de résulter de celui-ci doit être réglé à l'amiable entre les deux parties. En cas d'échec et s'il est impossible d'arriver à une entente, les deux parties soumettront le différend aux tribunaux de la ville de La Havane, s'en remettant aux lois alors en vigueur à Cuba, si la défenderesse est l'ACHETEUR, et aux tribunaux de la ville de Montréal, s'en remettant aux lois alors en vigueur au Canada, si la défenderesse est le VENDEUR. Le tout à confirmer par un certificat délivré par la Chambre de commerce du pays du VENDEUR ou de l'ACHETEUR.

Conformément à une autorisation accordée suivant l'art. 138 du *Code de procédure civile*, l'action a été signifiée par la poste et reçue à Grand Falls le 15 mai 1973. Le délai pour comparaître était de trente jours. Une comparution a été produite le 8 juin et le 13 juin, soit dans le délai fixé par l'art. 152 du *Code de procédure*, la défenderesse a demandé que le délai pour contester ne commence à courir que du jour où un cautionnement pour la sûreté des frais serait produit. Cette requête a été accordée le 28 juin et le cautionnement requis a été fourni le 4 juillet et avis en a été donné. Ensuite, le 23 juillet, la défenderesse a fait signifier une demande de précisions. Celles-ci ont

serve notice of its declinatory exception.

The two articles of the *Code of Civil Procedure* which deal with declinatory exceptions read as follows:

163. A defendant, summoned before a court other than that before which the suit should have been instituted, may ask that the suit be referred to the competent court within the legislative authority of the province, or that the suit be dismissed if there is no such court.

164. Lack of jurisdiction by reason of the subject matter may be raised at any stage of the case, and it may even be declared by the court of its own motion. The court adjudicates as to costs according to the circumstances.

Article 161 provides as follows for the time limit:

161. The grounds set forth in article 163 and in paragraphs 1, 4 and 8 of article 168 must be urged together within five days of the expiry of the time fixed to appear, or of the notice provided for by article 152 or, if there has been a motion in evocation, from the date of the judgment thereon.

The court first decides the declinatory exception; if it dismisses the declinatory, it decides all the other exceptions at the same time; if it maintains the declinatory the other grounds are referred to and decided by the competent court.

Victoria Transport never obtained an extension of the time limit laid down in art. 161. Furthermore, it seems clear that this time limit is mandatory, and art. 9 consequently forbids any extension of it:

9. A judge may, upon such conditions as he considers just, extend any delay which is not declared mandatory or relieve a party from the consequences of his failure to respect such delay.

It will be noted that the English version of art. 9 reads "any delay which is not declared mandatory" while the wording of art. 161 is quite peremptory: "must be urged together within five days . . .". Furthermore, art. 164 dealing with lack of jurisdiction *ratione materiae*, is not among those mentioned as being subject to the five day time limit of art. 161, and it expressly allows such lack to be raised "at any stage of the case". I must

été fournies le 19 décembre. Ce n'est que le 29 avril 1974 que Victoria Transport a fait signifier son exception déclinatoire.

Les deux articles du *Code de procédure civile* régissant les moyens déclinatoires se lisent comme suit:

163. Le défendeur assigné devant un tribunal autre que celui où la demande eût dû être portée, peut demander le renvoi devant le tribunal compétent relevant de l'autorité législative de la province, ou, à défaut, le rejet de la demande.

164. L'incompétence *ratione materiae* peut être soulevée en tout état de cause et peut même être déclarée d'office par le tribunal, qui adjuge les dépens selon les circonstances.

Quant au délai, voici ce que l'on trouve à l'art. 161:

161. Les moyens prévus à l'article 163 et aux paragraphes 1, 4 et 8 de l'article 168 doivent être proposés ensemble dans les cinq jours de la date de la comparution ou de l'avis prévu à l'article 152, ou, s'il y a eu demande d'évocation, de la date du jugement qui en a disposé.

Le tribunal prononce d'abord sur l'exception déclinatoire: s'il la rejette, il prononce en même temps sur les autres moyens soumis; s'il la déclare bien fondée et ordonne le renvoi, les autres moyens sont jugés ensemble par le tribunal compétent.

Victoria Transport n'a jamais obtenu la prorogation du délai fixé par l'art. 161. Du reste, il semble bien que ce délai est de rigueur et, par conséquent, l'art. 9 interdit de la proroger:

9. Un juge peut, aux conditions qu'il estime justes, proroger tout délai qui n'est pas dit de rigueur, ou relever une partie des conséquences de son défaut de le respecter.

On observera que dans la version anglaise, l'art. 9 dit «any delay which is not declared mandatory» et à l'art. 161, le texte est tout à fait impératif: «must be urged together within five days . . .». Cela se trouve renforcé par le fait que l'art. 164 visant l'incompétence *ratione materiae* n'est pas mentionné parmi ceux qui sont astreints au délai de cinq jours de l'art. 161 et son texte permet expressément de l'invoquer «en tout état de cause». Il me

point out, however, that art. 170 might create a doubt in this regard. It is in Section IV of the Chapter on "Preliminary Exceptions", a section which is entitled "Dilatory Exceptions" and which includes arts. 168 to 171. It reads as follows:

170. Subject to the provisions of article 171, the delays provided by articles 161 and 162 for urging the dilatory exceptions provided for in this section are mandatory.

In this provision, are the words which I have emphasized, to be understood as implying that the time limits set for urging other exceptions provided for in other sections are not mandatory? I do not think so. I feel this provision is merely intended to specify that the time limit must be applied strictly to all the cases contemplated in art. 168, with the sole exception of cases dealt with in art. 171, and not, as earlier decisions had held, all those cases which the last paragraph of art. 165 of the former *Code* (added by an act of 1901, c. 34) exempted from the requirement of a deposit, which requirement was completely abolished by the new *Code*. The principle that the mention of a particular case excludes application of other cases not mentioned is far from being recognized as a general rule of interpretation. On the contrary, an affirmative provision of limited scope does not ordinarily exclude the application of a general rule otherwise established. In *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board*¹, Rinfret C.J. said (at p. 153):

[TRANSLATION] Maxwell (p. 467) anticipates the objection that an express stipulation for a specific case does not necessarily imply that this general precept must be considered as excluded from another case where the law remains silent. Summarizing the precedents on this point, he expresses the following opinion (p. 467):

Provisions sometimes found in statutes enacting imperfectly or for particular cases only that which was already and more widely the law have occasionally furnished ground for the contention that an intention to alter the general law was to be inferred from the partial or limited enactment; resting on the maxim '*expressio unius est exclusio alterius*'. But that maxim is inapplicable in such cases.

¹ [1953] 2 S.C.R. 140.

faut cependant noter que l'art. 170 n'est pas sans créer une certaine difficulté à cet égard. Il se trouve dans la Section IV du chapitre des «Moyens Préliminaires», section intitulée «Moyens Dilatoires» qui comprend les art. 168 à 171. Il se lit comme suit:

170. Sous réserve de la disposition de l'article 171, les délais fixés par les articles 161 et 162 pour faire valoir les moyens dilatoires prévus dans cette section sont de rigueur.

Par les mots que j'ai soulignés, ce texte se trouve-t-il à laisser entendre que les délais fixés pour faire valoir d'autres moyens prévus dans d'autres sections ne sont pas de rigueur? Je ne le crois pas. Je pense que par ce texte, on a seulement voulu spécifier que le délai doit s'appliquer rigoureusement à tous les moyens prévus à l'art. 168, à la seule exception des cas visés à l'art. 171 et non pas, selon la jurisprudence antérieure, tous ceux pour lesquels le dernier alinéa de l'art. 165 de l'ancien code (ajouté par loi de 1901, c. 34) dispensait du dépôt que le nouveau *code* a supprimé complètement. Le principe que la mention d'un cas particulier exclut l'application des autres cas non mentionnés est bien loin d'être reconnu comme une règle générale d'interprétation. Au contraire, un texte affirmatif de portée restreinte n'a pas ordinairement pour effet d'écarter l'application d'une règle générale qui existe par ailleurs. Dans l'affaire *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. La Commission des Relations de Travail*¹, le juge en chef Rinfret a dit (à la p. 153):

Et Maxwell (p. 467) prévoit l'objection que la stipulation expresse pour un cas particulier n'implique pas nécessairement que ce précepte d'ordre général doit être considéré comme exclu d'un autre cas où la loi est restée silencieuse. En résumant les précédents sur ce point, il exprime l'opinion suivante (p. 467):

[TRADUCTION] Des dispositions, que l'on trouve parfois dans des lois qui édictent de manière imparfaite ou uniquement en vue de cas particuliers ce qui existait déjà de façon plus générale, ont à l'occasion fourni des motifs de prétendre que l'on devrait déduire de cette législation partielle ou limitée une intention de modifier le droit commun, prétention fondée sur la maxime *expressio unius est exclusio alterius*. Mais cette maxime ne peut s'appliquer à de tels cas.

¹ [1953] 2 R.C.S. 140.

I therefore feel that art. 170 does not have the effect of setting aside the important rule of long standing in Quebec, that, as indicated in art. 164, only the lack of jurisdiction *ratione materiae* may be raised at any time, and may even be declared by the court of its own motion, whereas any other lack of jurisdiction is covered by the appearance of defendant and his failure to raise the point within the prescribed time. It is true that in Quebec a defendant does not have to make a special motion to prevent his appearance from implying that he submits to the court's jurisdiction. He has always been entitled to make a declinatory exception within the prescribed time. By putting arts. 152 to 154, which deal with the application for security for costs, in a separate chapter before the one on preliminary exceptions, the legislature appears to have intended that such application should not imply a submission to the court's jurisdiction, because art. 161 makes the time limit for making preliminary exceptions run from the "notice provided for by article 152", that is the notice that the security has been provided. I therefore hold that defendant was not precluded from making a declinatory exception merely by having submitted an application for security for costs. However, such is not the case for the motion for particulars. This was a procedural step taken without conditions, which implied submission to the jurisdiction, not to mention the long period of time which was subsequently allowed to elapse.

Finally, it should be pointed out that the two judges making up the majority in the Court of Appeal, as well as Mayrand J.A. dissenting, in no way denied the principle on which judgment of the Superior Court was based, namely that a declinatory exception which is not *ratione materiae* may be made only within the five-day time limit specified in art. 161. Rinfret J.A. said:

[TRANSLATION] The expiry of the *mandatory* period of five days specified in art. 161 C.C.P., even if voluntary, does not confer jurisdiction on the Superior Court if it does not have it otherwise. (Italics are mine)

Crête J.A., after saying that [TRANSLATION] "the Superior Court did not have jurisdiction *ratione personae* in the case at bar", merely quoted the first paragraph of the head-note of the

Je crois donc que l'art. 170 n'a pas pour effet d'écartier la règle importante et très ancienne au Québec selon laquelle, comme l'indique l'art. 164, seule l'incompétence *ratione materiae* peut être soulevée en tout temps et même être déclarée d'office, alors que toute autre incompétence est couverte par la comparution du défendeur et son omission de l'invoquer dans le délai prescrit. Il est vrai qu'au Québec, le défendeur n'est pas obligé de faire une procédure spéciale pour empêcher que par sa comparution il accepte implicitement la juridiction. Le droit de faire, en temps utile, l'exception déclinatoire lui a toujours été réservé. En plaçant dans un chapitre distinct, avant celui des moyens préliminaires, les art. 152 à 154 touchant la demande de cautionnement pour frais, on semble bien vouloir que cette demande-là n'implique pas acceptation de la juridiction, puisque l'art. 161 ne fait courir le délai pour produire les moyens préliminaires qu'à compter de «l'avis prévu à l'article 152», c'est-à-dire l'avis que le cautionnement a été fourni. Je pense donc que la défenderesse n'aurait pas été empêchée de faire l'exception déclinatoire du seul fait d'avoir présenté une demande de cautionnement. Il en est cependant tout autrement de la demande de précisions. Il s'agit là d'un acte de procédure fait sans restrictions et qui implique acceptation de la juridiction, sans parler du long délai qu'on a ensuite laissé écouler.

Enfin, il convient de signaler que les deux juges formant la majorité en appel n'ont aucunement nié le principe sur lequel est fondé le jugement de première instance aussi bien que la dissidence du juge Mayrand, savoir, que l'exception déclinatoire qui n'est pas *ratione materiae* ne peut être soulevée que dans le délai de cinq jours fixé à l'art. 161. En effet, le juge Rinfret a dit:

L'expiration du délai *de rigueur* de cinq jours édicté par l'article 161 C.P.C., même volontaire, ne saurait conférer de juridiction à la Cour supérieure, si, par ailleurs, elle fait défaut. (Les italiques sont de moi)

Quant au juge Crête, après avoir affirmé que «la Cour supérieure n'avait pas en l'espèce de juridiction *ratione personae*», il se contente de citer le premier alinéa du sommaire d'un arrêt rendu sous

report of a judgment rendered under the 1897 *Code of Civil Procedure: The First National Bank of Boston v. La Sarchi Compagnie*², affirmed by this Court on May 4, 1962, as noted in the 1974 *Index Gagnon*. But the last paragraph of the reasons for this judgment by Casey J.A. reads as follows (at p. 704):

Defendant made its preliminary exception within the three-day delay and it is now too late for plaintiff to contend that defendant's request for a three-day delay should not have been granted or that the exception made within this delay was tardy.

A similar observation must be made regarding the judgment of the Court of Appeal cited by Rinfret J.A.: *Kondylis v. Greyhound Lines of Canada Ltd.*³ I therefore have to agree with Mayrand J.A. who, in his dissenting reasons, wrote on this point.

[TRANSLATION] Concerning jurisdiction *ratione personae*, defendant alone may complain that plaintiff has not observed the rule in art. 68 *C.C.P.*; he must do so by declinatory exception within the mandatory time limit mentioned in art. 161 *C.C.P.* (five days from expiry of the time set for appearance): *E. Lacroix Immeubles Ltée v. Poirier* (J. Robert Beaudoin J.), [1967] R.P. 96. If it is not made within this time limit, the preliminary exception is tardy and must be dismissed:

Metropolitan Stores of Canada v. Tri Bec Inc., [1971] C.A. 315;

General Foods Ltd. v. Struthers Scientific Corp., [1970] R.P. 321 (Q.B.).

In *Kondylis v. Greyhound Lines of Canada Ltd.*, [1973] R.P. 241, and in *First National Bank v. La Sarchi Compagnie*, [1961] Que. Q.B. 702, the declinatory exception was allowed, but it was not tardy; observations made in the latter case make it clear that the exception would have been dismissed if it had not been made within the time limit allowed by judgment.

When a defendant neglects to exercise *in limine litis* his right to a declinatory exception, he is deemed to accept trial of the case in the court in which he was sued: *Traité de droit civil du Québec*, vol. 1, by Gérard Trudel, p. 264:

It is generally taught that domicile, since it is a personal attribute, confers jurisdiction *ratione per-*

² [1961] Que. Q.B. 702.

³ [1973] R.P. 241.

le *Code de Procédure* de 1897: *The First National Bank of Boston c. La Sarchi Compagnie*², confirmé en cette Cour le 4 mai 1962 comme le note l'*Index Gagnon* 1974. Mais le dernier alinéa des motifs de cet arrêt par le juge Casey se lit comme suit (à la p. 704):

[TRADUCTION] La défenderesse a présenté son exception préliminaire dans le délai de trois jours qu'on lui avait accordé et il est maintenant trop tard pour que la demanderesse puisse prétendre qu'on n'aurait pas dû faire droit à la demande de prorogation de délai présentée par la défenderesse ou que l'exception présentée dans ce délai était tardive.

On doit faire une observation analogue au sujet de l'arrêt de la Cour d'appel cité par le juge Rinfret: *Kondylis v. Greyhound Lines of Canada Ltd.*³ Il faut donc donner raison au juge Mayrand qui, dans ses motifs de dissidence, a écrit à ce sujet:

Quand il s'agit de compétence *ratione personae* le défendeur seul peut se plaindre de ce que le demandeur n'a pas observé la règle de l'article 68 *C.p.c.*; encore faut-il qu'il le fasse par exception déclinatoire dans le délai de rigueur indiqué à l'article 161 *C.p.c.* (cinq jours de l'expiration du temps fixé pour comparaître): *E. Lacroix Immeubles Ltée v. Poirier* (juge J. Robert Beaudoin), [1967] R.P. 96. Faite en dehors de ce délai, l'exception préliminaire est tardive et doit être rejetée:

Metropolitan Stores of Canada v. Tri Bec Inc. [1971] C.A. 315;

General Foods Ltd. v. Struthers Scientific Corp., [1970] R.P. 321 (B.R.).

Dans l'affaire *Kondylis v. Greyhound Lines of Canada Ltd.*, [1973] R.P. 241, et dans l'affaire *First National Bank v. La Sarchi Compagnie*, [1961] B.R. 702, l'exception déclinatoire a été accueillie, mais elle n'était pas tardive; les observations faites dans cette dernière cause font voir que l'exception aurait été rejetée si elle n'avait pas été faite dans les délais accordés par jugement.

Quand le défendeur néglige d'exercer *in limine litis* son droit à l'exception déclinatoire, il est censé accepter que le litige soit instruit devant le tribunal devant lequel il a été assigné: *Traité de droit civil du Québec*, t. 1 par Gérard Trudel, p. 264:

On enseigne généralement que le domicile, étant un attribut personnel, confère à un tribunal une compé-

² [1961] B.R. 702.

³ [1973] R.P. 241.

sonae on a court. This jurisdiction may be waived, and the waiver may be tacit. A defendant, summoned before another court than that of his elected domicile, who pleads without raising by preliminary proceeding this irregularity in the summons, implicitly waives this jurisdiction *ratione personae* and validly submits to the jurisdiction of the court chosen by his adversary. Clearly, it will in addition be necessary that the court have jurisdiction according to the general rules of law.

The main ground relied on by Rinfret J.A. on appeal, in which Crête J.A. concurred, was that there was a lack of jurisdiction *ratione materiae*. However, they do not appear to have given consideration to the meaning of this expression. After citing the contrary view of the judge of first instance, they seem to assume that towards any person who does not have his domicile in the province and does not reside therein, the lack of jurisdiction is *ratione materiae*. Mayrand J.A., however, in his dissenting opinion, quite correctly said:

[TRANSLATION] The tardiness of his exception would not be fatal if it raised a question of jurisdiction *ratione materiae*, because this is a matter of public order. The Provincial Court, for instance, does not have jurisdiction *ratione materiae* to hear this case even if both parties agreed to bring their case before it. However, with respect for the contrary view, I feel that respondent has raised only a problem of jurisdiction *ratione personae*. If defendant-appellant had its domicile in Montreal, the jurisdiction of the Superior Court where the case was instituted would be indisputable. The criterion of jurisdiction *ratione personae* is precisely the determination of that jurisdiction by the domicile of a party to a case, usually that of the defendant, in conformity with the rule *lites sequuntur personam* (Cornu and Foyer, *Procédure civile*, p. 141).

Without unduly multiplying references, I shall quote from among the writers on procedure, Garsonnet, *Traité de Procédure*, Vol. I, at pp. 635-636:

[TRANSLATION] CXLIX. The theory of jurisdiction may be divided into two quite separate parts: jurisdiction *ratione materiae* and jurisdiction *ratione personae*. Jurisdiction *ratione materiae* is the right of the courts of a given jurisdiction to take cognizance of a case to the exclusion of the courts of another jurisdiction; jurisdiction *ratione personae* is the right of courts of a given jurisdiction to take cognizance of a case to the exclusion

tence *ratione personae*. Il est donc permis d'y renoncer. La renonciation peut être tacite. Un défendeur, assigné devant un autre tribunal que celui de son domicile élu, qui plaide, sans soulever par procédure préliminaire cette irrégularité de l'assignation, renonce implicitement à cette compétence *ratione personae* et se soumet valablement à la juridiction du tribunal choisi par son adversaire. Il faudra évidemment que le tribunal soit compétent par ailleurs selon les règles générales du droit.

Le principal moyen retenu en appel par le juge Rinfret et que le juge Crête a agréé, c'est qu'il s'agirait d'un défaut de juridiction *ratione materiae*. Cependant, on ne semble pas s'être arrêté à considérer le sens de cette expression. Après avoir cité l'opinion contraire du premier juge, on paraît avoir pris pour acquis qu'envers celui qui n'est pas domicilié dans la province et n'y réside pas, le manque de juridiction est *ratione materiae*. Mais le juge Mayrand, dissident, a dit très justement:

La tardivité de son exception ne serait pas fatale si elle soulevait un problème de compétence *ratione materiae*, car celle-ci relève de l'ordre public. La Cour provinciale, par exemple, n'aurait pas compétence *ratione materiae* pour entendre cette cause même si les parties consentaient à lui soumettre leur litige. Mais, avec respect pour l'opinion contraire, je suis d'avis que l'intimée a soulevé uniquement un problème de compétence *ratione personae*. Si la défenderesse appelante avait son domicile à Montréal, la compétence de la Cour supérieure qui a été saisie de la cause serait indiscutable; le critère de la compétence *ratione personae* est précisément sa détermination par le domicile d'un litigant, ordinairement celui du défendeur, en conformité de la règle *lites sequuntur personam* (Cornu et Foyer, *Procédure civile*, p. 141).

Sans multiplier les références je citerai parmi les auteurs sur la procédure, Garsonnet, *Traité de Procédure*, t. I, aux pp. 635-636:

CXLIX. La théorie de la compétence se divise en deux parties très distinctes: la compétence *ratione materiae* et la compétence *ratione personae*. La compétence *ratione materiae* est le droit pour les tribunaux qui appartiennent à un ordre de juridiction de connaître d'une affaire à l'exclusion des tribunaux d'un autre ordre; la compétence *ratione personae* est le droit pour les tribunaux qui appartiennent à un ordre de juridiction de connaître

of the other courts of the same jurisdiction. The first jurisdiction is thus named because cases are divided among the different kinds of courts by reason of their nature, and the name of the other derives from that jurisdiction in courts of the same kind is usually determined by the defendant's domicile or residence. On the other hand, a court has no jurisdiction *ratione materiae* in cases belonging to another jurisdiction; it is without jurisdiction *ratione personae* only in those cases which belong to another court of the same kind.

The application of these principles usually presents no difficulties. 1. The following do not have jurisdiction *ratione materiae*:

- (i) an appellate court in cases which have not been heard at the first level of jurisdiction;
- (ii) a Justice of the Peace in actions involving real property or relating to personal status;
- (iii) a labor board in disputes which do not occur between an employer and an employee in the course of employment;
- (iv) a commercial court in cases of a purely civil character.

In Solus and Perrot, *Droit judiciaire privé*, Vol. II, one reads at pp. 13 and 14:

[TRANSLATION] A. The first problem is that of ascertaining the scope, nature and category of the jurisdiction before which the case must be brought, according to the legal relationships in issue, the matter in dispute and its importance, even the actual personal character of the litigants. In fact, the legislator has established a close correlation between the respective jurisdictional powers of the various categories of jurisdiction on the one hand, and on the other hand the form of their organization and operation, their composition and the selection and specialization of the judges who make up the court. That is why, at this first stage of determining jurisdiction, the only question is to ascertain, objectively to some extent, which category of jurisdiction will hear the case: whether it will be an administrative tribunal or a criminal or civil court; and if a civil court has jurisdiction, whether it will be an inferior or superior court, a commercial court, a conciliation board or a court where both sides are equally represented in adjudicating rural land leases.

Traditionally, the rules intended to resolve this first problem were known as rules of *absolute jurisdiction*, or of jurisdiction *ratione materiae*.

d'une affaire à l'exclusion des autres tribunaux du même ordre. L'une s'appelle ainsi parce que les affaires sont réparties entre les différents ordres de tribunaux à raison de leur nature; le nom de l'autre vient de ce qu'entre tribunaux du même ordre la compétence est généralement déterminée par le domicile ou par la résidence du défendeur. Par contre, un tribunal est incompetent *ratione materiae* à l'égard des procès attribués à un autre ordre de juridiction; il n'est incompetent que *ratione personae* à l'égard de ceux qui relèvent d'un autre tribunal du même ordre.

L'application de ces principes ne présente ordinairement pas de difficulté. 1° Sont incompetents *ratione materiae*:

- i) une cour d'appel, à l'égard des affaires qui n'ont pas traversé le premier degré de juridiction;
- ii) un juge de paix, à l'égard des actions immobilières ou relatives à l'état des personnes;
- iii) un conseil de prud'hommes, à l'égard des contestations qui ne sont pas survenues entre un patron et un ouvrier à l'occasion de leur industrie;
- iv) un tribunal de commerce, à l'égard des actions dont le caractère est purement civil.

Dans Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, on lit aux pp. 13 et 14:

A. Le premier problème est celui de savoir quels sont, en fonction de la nature des rapports juridiques en cause, de l'objet du litige et de son importance, voire même de la qualité personnelle des plaideurs, l'ordre, la nature et la catégorie de juridiction qu'il faut saisir. Le législateur, en effet, a établi une étroite corrélation entre, d'une part, les attributions juridictionnelles respectives des différentes catégories de juridiction et, d'autre part, les modalités de leur organisation et de leur fonctionnement, de leur composition, du recrutement et de la technicité des juges qui les constituent. Et c'est pourquoi, à ce premier stade de la recherche de la compétence, il ne s'agit que de déterminer, objectivement en quelque sorte, quelle est la catégorie de juridiction à saisir: sera-ce un tribunal administratif ou un tribunal de l'ordre judiciaire, civil ou pénal? Et, si la compétence appartient à une juridiction de l'ordre judiciaire civil, sera-ce un tribunal d'instance ou de grande instance, un tribunal de commerce, un conseil de prud'hommes ou un tribunal paritaire de baux ruraux?

Traditionnellement, les règles qui ont pour objet de résoudre ce premier problème étaient dénommées règles de *compétence absolue*, ou encore de compétence *ratione materiae*.

Mayrand J.A. rightly rejected in his dissenting opinion the theory that [TRANSLATION] "the above distinction is valid only in private domestic law, but in private international law it is first necessary to pass upon the competence of a national court to hear a case between two foreigners". While the majority failed to cite anything that was really relevant, he cited Solus and Perrot, where one finds, in addition to what he has quoted, the following statement (No. 394, at p. 448):

[TRANSLATION] The prevailing opinion is that the problem of special jurisdiction is usually considered only from the point of view of domestic territorial jurisdiction, since in this view it is by an extension of the rule regarding domestic territorial jurisdiction that international jurisdiction may be determined.

In Lerebours-Pigeonnière and Loussourarn, *Droit international privé*, No. 398 (at p. 531) one may read:

[TRANSLATION] The court before which a case concerning international matters is heard must ascertain its general jurisdiction before deciding on its special jurisdiction *ratione materiae et personae*. The defendant must raise the exception of lack of general jurisdiction *in limine litis*, since this is a relative lack of jurisdiction in connection with a private interest like the exception of lack of jurisdiction *ratione personae*.

In the Dalloz 1963, *Jurisprudence*, p. 109, there is reported a decision of the Court of Cassation of October 30, 1962, containing the following:

[TRANSLATION] ... whereas the foreign nationality of the parties is not a cause of the lack of jurisdiction of the French courts, whose international jurisdiction is moreover determined by extension of the rules governing domestic territorial jurisdiction;

According to the extract from Walter S. Johnson, *Conflict of Laws*, 2nd ed. 1962, at p. 575, quoted by Mayrand J.A., the Court of Cassation had begun to move in this direction since 1846, that is a long time before the drafting of the *Civil Code* of Quebec, which was adopted in 1866.

Much closer in time, it should be noted that in *Trower and Sons, Ltd. v. Ripstein*⁴, the Privy Council, reversing the decision of this Court⁵, and

⁴ [1944] A.C. 254.

⁵ [1942] S.C.R. 107.

C'est à juste titre que le juge Mayrand, dissident, a rejeté la théorie voulant «que la distinction ci-dessus ne vaudrait qu'en droit judiciaire privé interne mais qu'en droit judiciaire privé international, il faudrait préalablement décider de la compétence du tribunal national à juger d'un litige entre deux étrangers». Alors que la majorité n'a rien mentionné qui soit vraiment pertinent, il a cité Solus et Perrot où on lit, en outre de ce qu'il en reproduit, l'énoncé suivant (n° 394, à la p. 448):

Dans l'opinion dominante, le problème de compétence spéciale n'est envisagé d'habitude que du seul point de vue de la compétence territoriale interne, puisque, dans cette opinion, c'est par extension de la règle de compétence territoriale interne que se détermine la compétence internationale.

Dans Lerebours-Pigeonnière et Loussourarn, *Droit international privé*, on lit au n° 398 (à la p. 531):

Le tribunal saisi d'un litige concernant la vie internationale doit apprécier sa compétence générale avant de se prononcer sur sa compétence spéciale *ratione materiae et personae*. Le défendeur doit soulever l'exception d'incompétence générale *in limine litis* puisqu'il s'agit d'une incompétence relative d'intérêt privé comme l'exception d'incompétence *ratione personae*.

Dans le recueil Dalloz 1963, *Jurisprudence*, à la p. 109, on trouve un arrêt de la Cour de cassation du 30 octobre 1962 dans lequel on lit:

... attendu que l'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises, dont, d'autre part, la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne;

Selon la passage de Walter S. Johnson «*Conflict of Laws*» 2^e éd. 1962, à la p. 575, cité par le juge Mayrand, la Cour de cassation avait commencé à s'orienter en ce sens dès 1846, soit longtemps avant la rédaction du *Code civil* du Québec adopté en 1866.

Beaucoup plus près de nous, il faut souligner que dans *Trower and Sons, Ltd. v. Ripstein*⁴, le Conseil privé, infirmant l'arrêt de cette Cour⁵ et

⁴ [1944] A.C. 254.

⁵ [1942] R.C.S. 107.

restoring the conclusions of the Court of Appeal of Quebec⁶, ruled on the jurisdiction of the Superior Court in the case of a person domiciled in London by applying the provisions of what was then art. 94 of the *Code of Civil Procedure*, and is today art. 68, under the significant heading: "*Place of Instituting Actions*". It is important to emphasize that the objection to the jurisdiction had been raised by a preliminary exception. Article 94 C.C.P., which was in force at that time, was to the same effect as the present art. 68, the relevant part of which reads as follows:

68. Subject to the provisions of articles 70, 71, 74 and 75, and notwithstanding any agreement to the contrary, a purely personal action may be instituted:

1. Before the court of the defendant's real domicile or, in the cases contemplated by article 85 of the Civil Code, before that of his elected domicile . . .

In short, the Privy Council held, like the Court of Cassation, albeit in other terms, that international jurisdiction may be determined by extension of the rules governing domestic territorial jurisdiction (at p. 264):

. . . art. 27 of the Civil Code is not dealing with service outside the jurisdiction. It is merely a general provision to show that aliens are not as such exempt in proper cases from the jurisdiction of the courts of the province.

Article 27 of the *Civil Code* reads as follows:

Art. 27. Aliens, although not resident in Lower Canada, may be sued in its courts for the fulfilment of obligations contracted by them in foreign countries.

Even though it is not strictly necessary for the decision of this case, I find it desirable to add that, in the case at bar, I cannot understand how the Court of Appeal could fail to see in the stipulation I have quoted at the outset, an election of domicile in Montreal. It is true that the words "election of domicile" are not to be found there and that the mention of the laws of Canada is not very precise, as Rinfret J.A. points out. That, however, is not a valid reason for depriving the clause from any effect. It has long been accepted that as a general rule there are no ritual words in our law. The invariable rule, at least in consensual contracts like this, is that it is enough that the parties express

⁶ (1940), 69 Que. K.B. 424.

rétablissant les conclusions de la Cour d'appel du Québec⁶ a statué sur la juridiction de la Cour supérieure envers une personne domiciliée à Londres, en appliquant les dispositions de ce qui était alors l'art. 94 du *Code de procédure*, et est aujourd'hui l'art. 68 sous le titre significatif: «*Du lieu d'introduction de l'action*». Il importe de souligner que l'objection à la juridiction avait été soulevée par exception préliminaire. L'article 94 du *Code de procédure civile* alors en vigueur était au même effet que l'art. 68 actuel dont la partie pertinente au présent litige se lit comme suit:

68. Sous réserve des dispositions des articles 70, 71, 74 et 75, et nonobstant convention contraire, l'action purement personnelle peut être portée:

1. Devant le tribunal du domicile réel du défendeur, ou, dans les cas prévus à l'article 85 du Code civil, devant celui de son domicile élu . . .

En définitive, le Conseil privé a, quoique en d'autres termes, décidé comme la Cour de cassation, que la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne, (à la p. 264):

[TRADUCTION] . . . L'art. 27 du Code civil ne traite pas de la signification à l'extérieur de la juridiction. Il s'agit seulement d'une disposition d'ordre général visant à montrer que les étrangers n'échappent pas à ce titre à la juridiction des tribunaux de la province.

L'article 27 du *Code civil* se lit comme suit:

Art. 27. L'étranger, quoique non résidant dans le Bas-Canada, peut y être poursuivi pour l'exécution des obligations qu'il a contractées même en pays étranger.

Même si ce n'est pas rigoureusement nécessaire pour la décision du présent litige, il me paraît opportun d'ajouter que dans le cas présent, je ne comprends pas comment la Cour d'appel a pu ne pas voir dans la stipulation citée au début, une élection de domicile à Montréal. Il est vrai que les mots «*élection de domicile*» ne s'y trouvent pas et que la mention des lois du Canada manque de précision, comme le souligne le juge Rinfret. Cela, cependant, ne saurait constituer un motif valable de priver la clause de tout effet. Il y a bien longtemps qu'en règle générale, il n'y a plus d'expressions sacramentelles dans notre droit. La règle invariable, à tout le moins dans les contrats con-

⁶ (1940), 69 B.R. 424.

their intention with sufficient clarity. [TRANSLATION] "Except in cases where it must compulsorily accompany certain documents, the election of domicile is not subject to any formality" (Planiol and Ripert, Vol. I, No. 167, at p. 211).

In the case at bar, there can be no doubt as to what was intended. It was intended that, for an action against the vendor, the competent court should be in Montreal. This, it should be noted, is the only effect of an election of domicile made in a city without an indication of a person appointed to represent the debtor: Mignault, *Droit civil canadien*, Vol. I, at p. 247:

[TRANSLATION] Effects of election of domicile.—To appreciate these and to determine their extent, a distinction must be made. Domicile may be elected:

1° In a given town, with an indication of a *person who shall represent the debtor* and of the house where this person resides;

2° In a given town, but *with no indication of a person appointed to represent the debtor*.

In the first case, the election of domicile has two effects:

1° It confers jurisdiction on the court in the area of jurisdiction in which the election is made: accordingly, if the contract to which it relates gives rise to a dispute, such court will have jurisdiction over it;

2° It validates all summonses and service of documents done at the place where domicile is established.

In the second case, it has only one effect: it merely confers jurisdiction. Therefore if the contract to which it relates gives rise to a dispute, the court of the area of jurisdiction in which election is made will have jurisdiction over the case, but writs of summons must be served at the defendant's actual domicile.

The only defect in the wording of the clause in dispute is that it expresses the desired result without stating what it involves: an election of domicile. With respect, I must say that to deprive this clause of any effect because of this defect in its wording is to contravene the most fundamental rule of interpretation, namely, that the intention "must be determined by interpretation rather than by an adherence to the literal meaning of the words of the contract" (art. 1013 C.C.).

sensuels comme celui-ci, c'est qu'il suffit que l'intention des parties soit suffisamment exprimée. «En dehors des cas où elle accompagne obligatoirement certains actes, l'élection de domicile n'est soumise à aucune solennité» (Planiol et Ripert, vol. I, n° 167, à la p. 211).

Dans le cas présent, ce qu'on a voulu n'est pas douteux. On a voulu que, pour une poursuite contre le vendeur, le tribunal compétent soit celui de Montréal. C'est là, remarquons-le bien, le seul effet d'une élection de domicile faite dans une ville sans indication d'une personne chargée de représenter le débiteur: Mignault, *Droit civil canadien*, vol. I, à la p. 247:

Des effets du domicile d'élection.—Pour les apprécier et en déterminer l'étendue, il faut faire une distinction. Domicile peut être élu:

1° Dans telle ville, avec indication d'une *personne qui représentera le débiteur* et de la maison où cette personne demeure;

2° Dans telle ville, mais *sans indication d'une personne chargée de représenter le débiteur*.

Au premier cas, le domicile produit deux effets:

1° Il attribue juridiction au tribunal dans le ressort duquel il est élu: si donc le contrat auquel il se réfère donne lieu à un différend, ce tribunal sera compétent pour en connaître;

2° Il valide toutes les assignations et significations d'actes faites au lieu où il est établi.

Au second cas, il ne produit qu'un seul effet: il est simplement attributif de compétence. Si donc le contrat auquel il se réfère donne lieu à un différend, le tribunal du ressort dans lequel il est établi sera compétent pour en connaître; mais les exploits d'assignation devront être remis, les significations d'actes devront être faites, au domicile réel du défendeur.

Le seul défaut de rédaction du texte de la clause en litige c'est qu'il exprime le résultat voulu sans énoncer ce qu'il implique: l'élection de domicile. Avec respect, il me faut dire que priver la clause de tout effet à cause de ce défaut de rédaction, c'est aller à l'encontre de la règle d'interprétation la plus fondamentale savoir, que l'intention «doit être déterminée par interprétation plutôt que par le sens littéral des termes du contrat» (art. 1013 C.c.).

It may be noted that the situation here is completely unlike that in *Magann v. Auger*⁷. The contract in that case contained no stipulation concerning the jurisdiction of the courts. There was not even an express stipulation of the place of payment. This Court holding that the contract had not been made in Quebec, nothing permitted the plaintiff to bring an action against a non-resident defendant. The judgment at first instance dismissing the declinatory exception⁸ was not based on the ground that defendant had not made it in the time allowed; it was based on the theory that defendant, against whom judgment had been rendered by default, had submitted to the jurisdiction by filing what was called an incidental demand, but was in fact a cross demand, although he subsequently discontinued it. The record shows that, in his first proceeding, his petition in revision, defendant had first raised the court's lack of jurisdiction. However, to conform with art. 1164 of the *Code* then in force, which provided that such proceeding must contain all grounds, he had pleaded his defence on the merits and the cross demand, in addition to the lack of jurisdiction. He subsequently filed a declinatory exception, which was contested in writing and adjudicated upon by way of preliminary. It is easy to understand why, in the judgment of this Court, it was not deemed necessary to say much more than (at p. 192):

... if there has been a waiver at all, it was on the part of the respondents who asked the Court a judgment on the merits of the appellant's declinatory exception without invoking waiver of it by the appellant.

Before concluding, I would note that defendant admitted its status as a trader in a document entered in the record, so that there can be no question here of applying the last paragraph of art. 85 C.C., which invalidates, as regards the jurisdiction of the courts, an election of domicile signed by a non-trader within the boundaries of the district in which he resides, save in the case of a notarial deed.

I conclude that the appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside and

⁷ (1901), 31 S.C.R. 186.

⁸ (1899), 16 C.S. 22.

Notons qu'ici la situation n'est pas du tout la même que dans *Magann c. Auger*⁷. Le contrat n'y comportait aucune stipulation touchant la juridiction des tribunaux. Il n'y avait même pas de stipulation expresse du lieu de paiement. La Cour ayant jugé que le contrat n'avait pas été conclu au Québec, rien ne permettait d'y assigner un défendeur qui n'y résidait pas. Quant au jugement de première instance rejetant l'exception déclinatoire⁸, il n'était pas fondé sur ce que le défendeur ne l'aurait pas faite en temps utile; il reposait sur la théorie que le défendeur condamné par défaut avait acquiescé à la juridiction en formant ce qu'on a appelé une demande incidente mais qui était en réalité une demande reconventionnelle, bien qu'il s'en fût ensuite désisté. Le dossier fait voir que par sa première procédure, sa requête en révision, le défendeur avait en premier lieu soulevé l'incompétence du tribunal. Mais, pour se conformer à l'art. 1164 du *Code* alors en vigueur qui prescrivait d'y insérer tous ses moyens, il avait, en même temps que le déclinatoire, allégué la défense au fond et la demande reconventionnelle. Il avait ensuite produit son exception déclinatoire qui fut contestée par écrit et jugée préliminairement. On conçoit que dans le jugement de cette Cour on n'ait pas trouvé nécessaire de dire beaucoup plus que ceci (à la p. 192):

[TRADUCTION] ... s'il y a eu renonciation, c'est de la part des intimés, qui ont demandé à la Cour un jugement sur le fond de l'exception déclinatoire de l'appelant sans alléguer que l'appelant y avait renoncé.

Avant de terminer, je noterai que la défendresse a admis sa qualité de commerçante par un document versé au dossier de sorte qu'il ne peut être question ici d'appliquer le dernier alinéa de l'art. 85 C.c. qui invalide, quant à la juridiction des tribunaux, l'élection de domicile signée par un non-commerçant dans le district où il réside, sauf si l'acte est notarié.

Je conclus qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'infirmar l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir

⁷ (1901), 31 R.C.S. 186.

⁸ (1899), 16 C.S. 22.

the judgment of the Superior Court restored, with costs against respondent throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: H. Solomon, Montreal.

Solicitors for the respondent: Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, MacKell & Clermont, Montreal.

le jugement de la Cour supérieure avec dépens dans toutes les cours contre l'intimée.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: H. Solomon, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, MacKell & Clermont, Montréal.

Lloyd Neville Jones *Appellant*;

and

The Board of Trustees of Edmonton Catholic School District Number 7 *Respondent*;

and

The City of Edmonton and The Court of Revision of The City of Edmonton *Respondents*;

and

The Attorney General for Alberta, The Attorney General of Nova Scotia and The Attorney General of Canada *Intervenants*.

1976: May 10, 11; 1976: October 19.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Assessment — Corporations — School assessment — Apportionment between public and separate schools — Jurisdiction of Court of Revision — The Municipal Taxation Act, R.S.A. 1970, c. 251, s. 45(1)(e) — The School Act, R.S.A. 1970, c. 329, ss. 60, 61, 63(4), 64 — The British North America Act, 1867, s. 96.

Pursuant to s. 45 (1) of *The Municipal Taxation Act*, R.S.A. 1970, c. 251, the appellant filed a number of complaints alleging that there had been an improper entry and assessment of the property of various companies for separate school purposes, some of these purporting to have been made under s. 60 and the rest under s. 63 of *The School Act*, R.S.A. 1970, c. 329. On the application of the respondent Board, an order was made prohibiting the Court of Revision from hearing and deciding the appellant's complaints. This order was affirmed, with minor variations, and for different reasons, by the Alberta Appellate Division. The appellant then appealed to this Court. The respondent, by its cross-appeal, alleged that the Appellate Division erred in varying the order of prohibition by recognizing that there was a limited jurisdiction in the Court of Revision to consider and determine the appellant's complaints.

Lloyd Neville Jones *Appelant*;

et

The Board of Trustees of Edmonton Catholic School District Number 7 *Intimé*;

et

La ville d'Edmonton et la Cour de révision de la ville d'Edmonton *Intimées*;

et

Le procureur général de l'Alberta, le procureur général de la Nouvelle-Écosse et le procureur général du Canada *Intervenants*.

1976: les 10 et 11 mai; 1976: le 19 octobre.

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

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

Évaluation — Corporations — Évaluation scolaire — Répartition des taxes entre les écoles publiques et séparées — Compétence de la Cour de révision — The Municipal Taxation Act, R.S.A., 1970, c. 251, art. 45(1)e) — The School Act, R.S.A. 1970, c. 329, art. 60, 61, 63(4), 64 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 96.

En vertu de l'art. 45(1) de *The Municipal Taxation Act*, R.S.A. 1970, c. 251, l'appelant a déposé un certain nombre de plaintes alléguant que les immeubles de diverses corporations avaient été inscrits et évalués irrégulièrement au bénéfice des écoles séparées, certaines de ces inscriptions et évaluations ayant été censément faites en vertu de l'art. 60 de *The School Act*, R.S.A. 1970, c. 329 et le reste en vertu de l'art. 63. Sur demande du Conseil intimé, une ordonnance a été rendue interdisant à la Cour de révision d'entendre et de juger certaines plaintes présentées par l'appelant. Cette ordonnance a été confirmée avec des variantes mineures et pour différents motifs par la Division d'appel de l'Alberta. L'appelant a alors interjeté appel devant cette Cour. Dans son pourvoi incident, l'intimé prétend que la Division d'appel a commis une erreur en modifiant l'ordonnance de prohibition en reconnaissant à la Cour de révision une compétence limitée pour examiner et trancher les plaintes de l'appelant.

Provision is made in ss. 60 and 61 of *The School Act* to enable a corporation to require that a percentage of its assessable property be entered and assessed for separate school purposes. If a corporation does not give a notice under s. 60, provision is made in s. 63 to enable the board of a separate school district to require a part of the assessable property of the corporation to be entered and assessed for separate school purposes.

When a corporation gives notice under s. 60, the percentage of its property to be assessed for separate school purposes is to be determined upon the basis of the value of the shares in the corporation owned by separate school supporters in relation to the total value of all its shares (subs. (2)). In the case of a notice by a separate school district under s. 63, the computation of the percentage of the corporation's assessable property to be entered and assessed for separate school purposes is to be determined pursuant to s. 64, which provides that the percentage shall bear the same ratio to the total assessed value of the property of the corporation in the district as the assessment of property in the district of persons, other than corporations, who are separate school supporters, bears to the total assessed value of the property in the district of all persons, other than the corporations.

Held: The appeal should be allowed in part and the judgment of the Appellate Division varied by setting aside the order of prohibition in so far as it relates to complaints made by the appellant in respect of notices given by corporations pursuant to s. 60 of *The School Act*. The cross-appeal should be dismissed.

A court of revision can consider, under s. 45(1)(e) of *The Municipal Taxation Act*, a complaint relating to a corporation. The word "person" as used in that paragraph is not restricted to natural persons.

A corporation which elects to give a notice under s. 60 of *The School Act* is obligated to comply with the requirements of subs. (2). Failure to comply renders the notice inoperative and such non-compliance can be brought to the attention of and considered by the Court of Revision under s. 45 (1) (e) of *The Municipal Taxation Act*.

With respect to the validity of notices filed by the Board under s. 63 in cases where the corporation affected has no shareholders who are separate school supporters, subs. (4) enables a corporation served with such a notice to bring it to an end if it serves a statement, under

Les articles 60 et 61 de *The School Act* auroient une corporation à demander qu'un pourcentage de ses immeubles assujettis à l'évaluation soit inscrit et évalué au bénéfice des écoles séparées. Si une corporation ne fournit pas l'avis prévu à l'art. 60, l'art 63 autorise le conseil d'un arrondissement d'écoles séparées à demander qu'une partie des immeubles d'une corporation assujettis à l'évaluation soit inscrite et évaluée au bénéfice des écoles séparées.

Lorsqu'une corporation fournit l'avis prévu à l'art. 60, le pourcentage de ces immeubles qui doit être évalué au bénéfice des écoles séparées doit être déterminé sur la base de la valeur des actions détenues dans la corporation par des personnes qui contribuent aux écoles séparées par rapport à la valeur totale de toutes ses actions (par. 2). Dans le cas d'un avis donné par un arrondissement d'écoles séparées en vertu de l'art. 63, le calcul du pourcentage des immeubles corporatifs assujettis à l'évaluation qui doit être inscrit et évalué au bénéfice des écoles séparées doit être déterminé conformément à l'art. 64, soit selon une proportion de la valeur totale estimée des immeubles de la corporation dans l'arrondissement d'écoles séparées qui doit être la même que celle de l'évaluation des immeubles des personnes de l'arrondissement, autres que les corporations, qui contribuent aux écoles séparées, par rapport à la valeur totale estimée des immeubles de toutes les personnes de l'arrondissement, autre que des corporations.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli en partie et l'arrêt de la Division d'appel modifié en cassant l'ordonnance de prohibition dans la mesure où elle se rapporte à des plaintes présentées par l'appelant relatives à des avis donnés par des corporations conformément à l'art. 60 de *The School Act*. Le pourvoi incident doit être rejeté.

Une cour de révision peut, en vertu de l'al. 45(1)e) de *The Municipal Taxation Act*, connaître d'une plainte relative à une corporation. Le mot «personne» utilisé à cet alinéa ne comprend pas uniquement les personnes physiques.

Une corporation qui décide de donner un avis en vertu de l'art. 60 de *The School Act* est obligée de satisfaire aux conditions prévues au par. (2). L'inobservation de celles-ci rend l'avis inopérant et peut être portée à l'attention de la Cour de révision et soumise à son appréciation en vertu de l'al. 45(1)e) de *The Municipal Taxation Act*.

En ce qui concerne la validité d'un avis donné par le Conseil en vertu de l'art. 63, lorsque la corporation n'a pas d'actionnaire contribuant aux écoles séparées, le par. (4) permet à une corporation, à laquelle un avis de l'art. 63 a été signifié, d'y mettre un terme en signifiant une

the corporate seal, that all of its shareholders are of the same religious faith as the electors of the public school district. The wording of the subsection is significant in that it provides that if such a statement is served "the notice of the board of the separate school district under subsection (1) is not effective with respect to any subsequent year". The clear implication is that, in the absence of a statement by the corporation under subs. (4), the separate school board notice under subs. (1) is effective even in respect of a corporation all of whose shareholders are of the same religious faith as the electors of the public school district.

As to the constitutional issue, the fact that a provincial tribunal is required to exercise a judicial function does not, of itself, involve a conflict with s. 96 of the B.N.A. Act. The question is whether that function broadly conforms to the type of jurisdiction exercised by Superior, District or County Courts. The powers conferred upon the Court of Revision under s. 45(1)(e) of *The Municipal Taxation Act* do not so conform.

The respondent's contention that any legislation by the Legislature of Alberta subsequent to *The School Assessment Ordinance*, 1901 (N.W.T.), c. 30, which would permit a challenge to the company's apportionment would be in breach of s. 17(1) of *The Alberta Act* was not accepted. Section 17(1) refers to a "right or privilege with respect to separate schools which any class of persons have . . .". The right or privilege which companies had under ss. 9 and 93 of the Ordinance was to allocate the assessment of part of their property for separate school purposes, but only in proportion to the number of shares held by shareholders who were Roman Catholics as compared to the total of all shareholdings. The right of a company was no greater than that. Assuming that, under the Ordinance, the company's notice was final and beyond challenge (which was not necessarily accepted), none the less, a provision which enables the apportionment to be challenged does not in any way diminish the right to apportion. Section 17(1) did not guarantee the right to make a false apportionment.

Windsor Education Board v. Ford Motor Co. of Canada Ltd., [1941] A.C. 453; *Banque Provinciale du Canada v. Ogilvie*, [1973] S.C.R. 281; *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1977] 1 S.C.R. 112; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd.*, [1949] A.C. 134, followed; *Regina Public School v. Gratton Separate School* (1915), 50 S.C.R. 589, distinguished; *City of Toronto v. Olympia*

déclaration, portant son sceau, selon laquelle tous ses actionnaires appartiennent à la même confession que les électeurs de l'arrondissement d'écoles publiques. La rédaction du paragraphe est significative puisqu'elle prévoit que, si une telle déclaration est signifiée, «l'avis du conseil de l'arrondissement d'écoles séparées donné en vertu du par. (1) est sans effet pour toute année subséquente». Il en résulte clairement qu'en l'absence de déclaration de la corporation en vertu du par. (4), l'avis d'un conseil d'écoles séparées en vertu du par. (1) produit ses effets même à l'égard d'une corporation dont tous les actionnaires appartiennent à la même confession que les électeurs de l'arrondissement d'écoles publiques.

En ce qui concerne la question constitutionnelle, le fait de demander à un tribunal provincial d'exercer une fonction judiciaire n'entraîne pas en soi un conflit avec l'art. 96 de l'A.A.N.b. La question est de savoir si cette fonction a une large ressemblance avec le type de compétence qu'exercent les cours supérieures, de district ou de comté. Tel n'est pas le cas pour les pouvoirs conférés à la Cour de révision en vertu de l'al. 45(1)e) de *The Municipal Taxation Act*.

La prétention de l'appelant selon laquelle toute loi de la législature de l'Alberta postérieure à *The School Assessment Ordinance*, 1901 (Territoires du Nord-Ouest), c. 30, qui autoriserait une remise en question de la répartition des taxes de la corporation constituerait une violation du par. 17(1) de l'*Acte de l'Alberta* a été rejetée. Le paragraphe 17(1) se réfère à un «droit ou privilège dont jouit aucune classe de personnes en matière d'écoles séparées . . .». Le droit ou privilège que possédaient les corporations en vertu des art. 9 et 93 de l'ordonnance était d'affecter l'évaluation d'une partie de leurs immeubles ou écoles séparées, mais seulement dans la proportion du nombre d'actions détenues par des actionnaires catholiques par un rapport au total de toutes les actions détenues. Le droit d'une corporation n'allait pas au-delà. A supposer qu'en vertu de l'ordonnance, l'avis de la corporation fût final et à l'abri de toute contestation (ce que je n'admets pas nécessairement), une disposition qui autorise la contestation de la répartition ne diminue néanmoins en aucune façon le droit de répartition. Le paragraphe 17(1) ne garantit pas le droit de faire une fausse répartition.

Arrêts suivis: *Windsor Education Board c. Ford Motor Co. of Canada Ltd.*, [1941] A.C. 453; *Banque Provinciale du Canada c. Ogilvie*, [1973] R.C.S. 281; *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse)*, [1977] 1 R.C.S. 112; *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works Ltd.*, [1949] A.C. 134; distinction faite avec l'arrêt *Regina Public School c. Gratton Separate School* (1915), 50 R.C.S. 589;

Edward Recreation Club Ltd., [1955] S.C.R. 454; *Re Metro Toronto & L. J. McGuinness & Co. Ltd.*, [1960] O.R. 267, referred to.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, affirming an order of D. C. McDonald J., prohibiting the Court of Revision from hearing certain complaints made by the appellant pursuant to s. 45(1) of *The Municipal Taxation Act*. Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed.

H. L. Irving, Q.C., and *T. A. Cockrall*, for the appellant.

J. E. Redmond, Q.C., and *J. P. Warner*, for the respondents.

G. A. Ainslie, Q.C., for the intervenant, Attorney General of Canada.

W. Henkel, Q.C., for the intervenant, Attorney General of Alberta.

G. Kavanagh, Q.C., for the intervenant, Attorney General of Nova Scotia.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—This appeal is from the judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, which affirmed, with minor variations, and for different reasons, an order made, on the application of The Board of Trustees of Edmonton Catholic School District Number 7, hereinafter referred to as “the Board”, prohibiting the Court of Revision from hearing and deciding certain complaints made by the appellant pursuant to s. 45(1) of *The Municipal Taxation Act*, R.S.A. 1970, c. 251. That Act provides, in s. 43, for the establishment in each municipality of a court of revision which sits annually to hear and to deal with complaints against assessment.

The respondent, by its cross-appeal, alleges that the Appellate Division erred in varying the order of prohibition by recognizing that there was a limited jurisdiction in the Court of Revision to consider and determine the appellant’s complaints.

¹ [1975] 5 W.W.R. 20, 58 D.L.R. (3d) 269.

arrêts mentionnés: *City of Toronto c. Olympia Edward Recreation Club Ltd.*, [1955] R.C.S. 454; *Re Metro Toronto & L. J. McGuinness & Co. Ltd.*, [1960] O.R. 267.

POURVOI et POURVOI-INCIDENT d’un arrêt de la Division d’appel de la Cour suprême de l’Alberta¹, confirmant l’ordonnance du juge D. C. McDonald interdisant à la Cour de révision d’entendre certaines plaintes présentées par l’appellant en vertu du par. 45(1) de *The Municipal Taxation Act*. Le pourvoi est accueilli en partie et le pourvoi incident est rejeté.

H. L. Irving, c.r., et *T. A. Cockrall*, pour l’appellant.

J. E. Redmond, c.r., et *J. P. Warner*, pour les intimés.

G. A. Ainslie, c.r., pour l’intervenant, le procureur général du Canada.

W. Henkel, c.r., pour l’intervenant, le procureur général de l’Alberta.

G. Kavanagh, c.r., pour l’intervenant, le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Le jugement de la cour a été prononcé par

LE JUGE MARTLAND—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Division d’appel de la Cour suprême de l’Alberta qui a confirmé, avec des variantes mineures et pour différents motifs, une ordonnance rendue à la demande du Conseil scolaire de l’arrondissement scolaire catholique numéro 7 d’Edmonton, ci-après appelé «le Conseil». Cette ordonnance interdisait à la Cour de révision d’entendre et de juger certaines plaintes présentées par l’appellant en vertu du par. 45(1) de *The Municipal Taxation Act*, R.S.A. 1970, c. 251. L’article 43 de cette Loi prévoit la constitution, dans chaque municipalité, d’une cour de révision qui siège annuellement pour entendre et trancher les contestations d’évaluation.

Dans son pourvoi incident, l’intimé prétend que la Division d’appel a commis une erreur en modifiant l’ordonnance de prohibition en reconnaissant à la Cour de révision une compétence limitée pour examiner et trancher les plaintes de l’appellant.

¹ [1975] 5 W.W.R. 20, 58 D.L.R. (3d) 269.

The respondent supports the reasoning of the judgment on the original application and also contends that, if s. 45(1) had the scope claimed by the appellant, its enactment would have been *ultra vires* of the Legislature of Alberta.

The appellant filed a number of complaints alleging that there had been an improper entry and assessment of the property of various companies for separate school purposes, some of these purporting to have been made under s. 60 and the rest under s. 63 of *The School Act*, R.S.A. 1970, c. 329. The properties in question are situated within the boundaries of the public school district and of the separate school district in the City of Edmonton. Section 36(5) of *The Municipal Taxation Act* provides that:

(5) In the case of property that is situated both within the boundaries of a public school district and the boundaries of a separate school district, the municipal secretary or the assessor in the case of a city, shall make the proper entry on the roll as to whether the taxpayer is a public school supporter or a separate school supporter, having regard to the provisions of *The School Act*.

Under *The School Act* (s. 14) the Minister of Education may establish any portion of Alberta as a public school district. Provision is made for the establishment of separate school districts by s. 50, subs. (1) of which provides:

(1) The minority of electors in any district, whether Protestant or Roman Catholic, may establish a separate school therein, and in such case the electors establishing a Protestant or Roman Catholic separate school are liable only to assessments of such rates as they impose upon themselves in respect thereof, and any person who is legally assessed or assessable for a public school in the district is not liable to assessment for any separate school therein.

Section 57 of *The School Act* deals with assessment and taxation and reads as follows:

57. (1) Where a separate school district has been established, the religion of the owner of property liable to assessment, whether Protestant or Roman Catholic, determines whether the property is assessable for public or separate school purposes.

L'intimé appuie les motifs du jugement rendu lors de la demande originaire et soutient également que, si le par. 45(1) a la portée que lui donne l'appellant, il excède la compétence de la Législature de l'Alberta.

L'appellant a déposé un certain nombre de plaintes alléguant que les immeubles de diverses corporations avaient été inscrits et évalués irrégulièrement au bénéfice des écoles séparées, certaines de ces inscriptions et évaluations ayant été censément faites en vertu de l'art. 60 de *The School Act*, R.S.A. 1970, c. 329 et le reste en vertu de l'art. 63. Les immeubles en question sont situés dans les limites de l'arrondissement des écoles publiques et de l'arrondissement des écoles séparées de la ville d'Edmonton. Le paragraphe 36(5) de *The Municipal Taxation Act* dispose que:

[TRADUCTION] (5) Dans le cas où des immeubles sont situés à la fois dans les limites d'un arrondissement d'écoles publiques et dans celles d'un arrondissement d'écoles séparées, le secrétaire municipal ou l'évaluateur dans le cas d'une ville, devra faire les inscriptions appropriées au rôle selon que le contribuable contribue à une école publique ou à une école séparée, eu égard aux dispositions de *The School Act*.

En vertu de *The School Act* (art. 14), le ministre de l'Éducation peut constituer en arrondissement d'écoles publiques toute partie du territoire de l'Alberta. L'article 50, par. (1), prévoit en ces termes la constitution d'arrondissements d'écoles séparées:

[TRADUCTION] (1) La minorité des électeurs de tout arrondissement, quelle soit protestante ou catholique, peut y fonder une école séparée, auquel cas les électeurs qui fondent une école séparée protestante ou catholique ne sont tenus de cotiser qu'aux taux qu'ils s'imposent eux-mêmes à son égard, et toute personne qui cotise ou est susceptible de cotiser légalement à une école publique de l'arrondissement n'est tenue de cotiser à aucune école séparée de celui-ci.

L'article 57 de *The School Act* régit l'évaluation et l'imposition et se lit comme suit:

[TRADUCTION] 57. (1) Quand un arrondissement d'écoles séparées a été constitué, la religion du propriétaire d'immeubles assujettis à l'évaluation, que cette religion soit protestante ou catholique, détermine l'école, publique ou séparée, pour laquelle les immeubles doivent être évalués.

(2) Where a person is neither a Protestant nor a Roman Catholic, his property is assessable for the public school district (and he is deemed to be a public school supporter) or, if he supports the separate school district, his property is assessable for the separate school district (and he is deemed to be a separate school supporter).

(3) Where the religion of a person is not known his property is assessable and taxable for public school purposes.

With respect to the assessment of the property of a corporation, provision is made in ss. 60 and 61 to enable the corporation to require that a percentage of its assessable property be entered and assessed for separate school purposes:

60. (1) Where a separate school district exists, a corporation that has shareholders or members of the same religious faith as those who established the separate school district may, by giving notice to the proper officer of the municipality require a percentage of the property in respect of which it is assessable to be entered and assessed for separate school purposes.

(2) Where the corporation has shareholders, that notice shall designate the percentage of the property of the corporation in the district assessable for separate school purposes that bears the same ratio to the total assessed value of the property of the corporation in the separate school district as the value of shares of the separate school supporters bears to the total value of all shares of the corporation.

(3) Where the corporation does not have shareholders or is a co-operative association the notice shall designate the percentage of the property of the corporation in the district assessable for separate school purposes that bears the same ratio to the total assessed value of the property of the corporation in the separate school district as the number of members who are separate school supporters bears to the total number of members of the corporation.

(4) The notice given by a corporation shall state that the percentage of the property of the corporation designated in the notice has been approved by a resolution of the corporation or the board of directors of the corporation.

61. (1) A notice under section 60 shall be given to the proper officer of the municipality in which the property is situated and to the secretaries of the boards

(2) Quand une personne n'est pas protestante ni catholique, ses immeubles doivent être évalués pour l'arrondissement d'écoles publiques (et elle est censée appuyer les écoles publiques) ou, si elle appuie l'arrondissement d'écoles séparées, ses immeubles doivent être évalués pour l'arrondissement d'écoles séparées (et elle est censée appuyer les écoles séparées).

(3) Quand la religion d'une personne est inconnue, ses immeubles doivent être évalués et imposés au bénéfice de l'école publique.

En ce qui concerne l'évaluation des immeubles d'une corporation, les art. 60 et 61 autorisent celle-ci à demander qu'un pourcentage de ses immeubles assujettis à l'évaluation soit inscrit et évalué au bénéfice des écoles séparées:

[TRADUCTION] 60. (1) Quand il existe un arrondissement d'écoles séparées, une corporation dont des actionnaires ou membres sont de la même confession que ceux qui ont constitué l'arrondissement d'écoles séparées peut, par avis adressé à l'autorité municipale compétente, demander qu'un pourcentage des immeubles à l'égard desquels elle est imposable soit inscrit et évalué au bénéfice des écoles séparées.

(2) Quand la corporation a des actionnaires, cet avis doit indiquer le pourcentage des immeubles de la corporation situés dans l'arrondissement qui doivent être évalués au bénéfice des écoles séparées, selon une proportion de la valeur totale estimée des immeubles de la corporation dans l'arrondissement d'écoles séparées qui est la même que celle de la valeur des actions de ceux qui contribuent aux écoles séparées par rapport à la valeur totale de toutes les actions de la corporation.

(3) Quand la corporation n'a pas d'actionnaires ou s'il s'agit d'une coopérative, l'avis doit indiquer le pourcentage des immeubles de la corporation situés dans l'arrondissement qui doivent être évalués au bénéfice des écoles séparées, selon une proportion de la valeur totale estimée des immeubles de la corporation dans l'arrondissement d'écoles séparées qui est la même que celle du nombre des membres qui contribuent aux écoles séparées par rapport au nombre total des membres de la corporation.

(4) L'avis donné par une corporation doit spécifier que le pourcentage des immeubles de la corporation indiqué dans l'avis a été approuvé par une résolution de la corporation ou par le conseil d'administration de la corporation.

61. (1) L'avis prévu à l'article 60 doit être adressé au fonctionnaire compétent de la municipalité dans laquelle sont situés les immeubles ainsi qu'aux secrétaires des

of the public and separate school districts or to the secretary of the board of the division if the public school district is within a division.

(2) The notice shall be given on or before December 1 and becomes effective on the following December 31.

(3) The proper officer shall retain on file in his office each notice given to him by a corporation.

(4) The notice continues in force and shall be acted upon until it is withdrawn, varied or cancelled by a subsequent notice given pursuant to a resolution of the corporation.

If a corporation does not give a notice under s. 60, provision is made in s. 63 to enable the board of a separate school district to require a part of the assessable property of the corporation to be entered and assessed for separate school purposes. It provides:

63. (1) Where a corporation has not given a notice under section 60, the board of a separate school district, by giving notice, may require part of the property in respect of which the corporation is assessable to be entered and assessed for separate school purposes.

(2) The notice shall be given to the corporation, to the proper officer of the municipality and to the secretary of the public school district or to the secretary of the division if the public school district is in a division.

(3) The notice shall be given on or before December 15 and becomes effective on the following December 31 and remains in effect until the corporation gives a notice in accordance with sections 60 and 61, or a notice under subsection (4).

(4) If, before December 31 of any year, a corporation gives to each person mentioned in section 61, subsection (1) a statement under the seal of the corporation that all of the shareholders of the corporation are of the same religious faith as the electors of the public school district, the notice of the board of the separate school district under subsection (1) is not effective with respect to any subsequent year.

It will be noted that when a corporation gives notice under s. 60, the percentage of its property to be assessed for separate school purposes is to be determined upon the basis of the value of the shares in the corporation owned by separate school supporters in relation to the total value of all its

conseils des arrondissements d'écoles publiques et séparées ou au secrétaire du conseil de la division si l'arrondissement d'écoles publiques se trouve dans une division.

(2) L'avis doit être donné au plus tard le 1^{er} décembre et prend effet le 31 décembre suivant.

(3) Le fonctionnaire compétent doit classer dans son bureau chaque avis qui lui a été adressé par une corporation.

(4) L'avis demeure en vigueur et sera mis à effet jusqu'à ce qu'il ait été retiré, modifié ou annulé par un avis postérieur donné conformément à une résolution de la corporation.

Si une corporation ne fournit pas l'avis prévu à l'art. 60, l'art. 63 autorise en ces termes le conseil d'un arrondissement d'écoles séparées à demander qu'une partie des immeubles d'une corporation assujettis à l'évaluation soit inscrite et évaluée au bénéfice des écoles séparées:

[TRADUCTION] 63. (1) Quand une corporation n'a pas donné l'avis prévu à l'article 60, le conseil d'un arrondissement d'écoles séparées peut, en en donnant avis, demander qu'une partie des immeubles à l'égard desquels la corporation est imposable, soit inscrite et évaluée au bénéfice des écoles séparées.

(2) L'avis doit être adressé à la corporation, à l'autorité municipale compétente et au secrétaire de l'arrondissement d'écoles publiques ou au secrétaire de la division si l'arrondissement d'écoles publiques est dans une division.

(3) L'avis doit être donné au plus tard le 15 décembre. Il prend effet le 31 décembre suivant et demeure en vigueur jusqu'à ce que la corporation ait fourni un avis conformément aux articles 60 et 61, ou en vertu du paragraphe (4).

(4) Si, avant le 31 décembre de chaque année, une corporation adresse à chaque personne mentionnée à l'article 61, paragraphe (1) une déclaration portant son sceau, selon laquelle tous les actionnaires de la corporation sont de la même confession que les électeurs de l'arrondissement d'écoles publiques, l'avis du conseil de l'arrondissement d'écoles séparées donné en vertu du paragraphe (1) est sans effet pour toute année subséquente.

On notera que lorsqu'une corporation fournit l'avis prévu à l'art. 60, le pourcentage de ses immeubles qui doit être évalué au bénéfice des écoles séparées doit être déterminé sur la base de la valeur des actions détenues dans la corporation par des personnes qui contribuent aux écoles sépa-

shares. In the case of a notice by a separate school district under s. 63, the computation of the percentage of the corporation's assessable property to be entered and assessed for separate school purposes is to be determined pursuant to s. 64:

64. Where the board of a separate school district has given a notice to a corporation under section 63, the proper officer of each municipality shall designate a percentage of the property of that corporation in the district assessable for separate school purposes which shall bear the same ratio to the total assessed value of the property of the corporation in the district as the assessment of property in the district of persons, other than corporations, who are separate school supporters, bears to the total assessed value of the property in the district of all persons, other than the corporations.

The nature of the complaints made by the appellant is illustrated by the two typical examples which were considered in the Appellate Division. One complaint related to Acme Brake & Clutch Ltd., which, on November 15, 1973, had filed a notice under s. 60, as a result of which 100 per cent of its property was assessed for separate school purposes. The appellant complained that this percentage was not determined in accordance with the requirements of s. 60 because it did not represent the ratio between the value of the shares in the corporation owned by separate school supporters and the total value of all shareholdings.

The other complaint related to Aaron Holdings Ltd. In this case the Board had filed a notice pursuant to s. 63. Of this company's property, 75 per cent was assessed for public school purposes and 25 per cent for separate school purposes. The appellant complained that the company had no shareholders of the Roman Catholic faith and that, therefore, the Board was not entitled to file a notice under s. 63.

The right of the appellant to complain to the Court of Revision depends upon s. 45(1) of *The Municipal Taxation Act*, which provides:

rées par rapport à la valeur totale de toutes ses actions. Dans le cas d'un avis donné par un arrondissement d'écoles séparées en vertu de l'art. 63, le calcul du pourcentage des immeubles corporatifs assujettis à l'évaluation qui doit être inscrit et évalué au bénéfice des écoles séparées doit être déterminé conformément à l'art. 64:

[TRADUCTION] 64. Quand le conseil d'un arrondissement d'écoles séparées a adressé un avis à une corporation en vertu de l'article 63, le fonctionnaire compétent de chaque municipalité doit fixer un pourcentage des immeubles de cette corporation situés dans l'arrondissement qui doivent être évalués au bénéfice des écoles séparées, selon une proportion de la valeur totale estimée des immeubles de la corporation dans l'arrondissement d'écoles séparées qui doit être la même que celle de l'évaluation des immeubles des personnes de l'arrondissement, autres que les corporations, qui contribuent aux écoles séparées, par rapport à la valeur totale estimée des immeubles de toutes les personnes de l'arrondissement, autres que des corporations.

Deux exemples typiques, examinés par la Cour d'appel, illustrent la nature des plaintes présentées par l'appellant. La première se rapporte à Acme Brake & Clutch Ltd. qui, le 15 novembre 1973, a déposé un avis en vertu de l'art. 60, si bien que 100 pour cent des immeubles ont été évalués au bénéfice des écoles séparées. L'appellant s'est plaint de ce que ce pourcentage n'était pas conforme aux exigences de l'art. 60 parce qu'il ne représentait pas la proportion entre la valeur des actions détenues dans la corporation par des personnes contribuant aux écoles séparées et la valeur totale de toutes les actions.

Une autre plainte se rapporte à Aaron Holdings Ltd. Dans ce cas, le Conseil avait déposé un avis conformément à l'art. 63. Soixante-quinze pour cent des immeubles de cette Corporation avaient été évalués au bénéfice des écoles publiques et 25 pour cent au bénéfice des écoles séparées. L'appellant s'est plaint de ce que la corporation n'avait pas d'actionnaires de religion catholique et qu'en conséquence, le Conseil n'avait pas le droit de déposer un avis en vertu de l'art. 63.

Le droit de l'appellant de déposer une plainte auprès de la Cour de révision dépend du par. 45(1) de *The Municipal Taxation Act* qui dispose que:

(1) A person whose name appears on the assessment roll of any municipality may complain to the court of revision in respect of

- (a) an error or omission alleged in respect of the assessment of any property, or
- (b) an assessment of land or improvements, or both, alleged to be too high or too low, or
- (c) a property in any way wrongly assessed, or
- (d) the name of a person alleged to be wrongfully entered upon or omitted from the assessment roll, or
- (e) any person who should be assessed as a public school supporter has been assessed as a separate school supporter or *vice versa*.

The Board sought and obtained an order to prohibit the Court of Revision from hearing and determining the appellant's complaints on the ground that that Court did not have jurisdiction under s. 45(1) to hear them. The appellant relied upon paras. (c) and (e) of the subsection, but its argument was chiefly based upon para. (e).

The judgment on the application was on the ground that the word "person", as used in para. (e), meant a natural person and did not apply to a corporation. All the complaints related to corporations. The judgment recognized that *The Interpretation Act*, R.S.A. 1970, c. 189, by its terms (s. 3(1)), provides that:

Every provision of this Act extends and applies to every enactment, unless a contrary intention appears . . .

and that s. 21(1)20 provides that "person" includes a corporation. However, the judgment referred to sections of *The School Act* in which the words "public school supporter" and "separate school supporter" are used in a context which could relate only to a natural person. The instances referred to included ss. 57(2), 57(3), 60(2) and 60(3), which have already been quoted. The conclusion drawn was that "any person who should be assessed as a public school supporter" must mean a natural person.

[TRADUCTION] (1) Toute personne dont le nom figure au rôle d'évaluation de toute municipalité peut déposer auprès de la Cour de révision une plainte concernant

- a) une erreur ou omission alléguée à l'égard de l'évaluation de tout immeuble, ou
- b) une évaluation de bien-fonds ou d'améliorations, ou des deux, dont il est allégué qu'elle est trop forte ou trop faible, ou
- c) un immeuble mal évalué d'une façon quelconque, ou
- d) le nom d'une personne dont il est allégué qu'il a été à tort inscrit au rôle d'évaluation ou omis de celui-ci, ou
- e) toute personne qui devrait être cotisée comme contribuant aux écoles publiques et l'a été comme contribuant aux écoles séparées ou inversement.

Le Conseil a demandé et obtenu une ordonnance interdisant à la Cour de révision d'entendre et de trancher les plaintes de l'appelant, au motif que cette Cour n'était pas compétente en vertu du par. 45(1). L'appelant s'est appuyé sur les al. c) et e) du paragraphe, mais son argumentation repose principalement sur l'al. e).

Le jugement faisant droit à la requête repose sur le motif que le mot «personne», employé à l'al. e), désigne une personne physique et ne s'applique pas à une corporation. Toutes les plaintes se rapportent à des corporations. Le jugement reconnaît que *The Interpretation Act*, R.S.A. 1970, c. 189, selon ses propres termes (par. 3(1)), dispose que:

[TRADUCTION] Toute disposition de la présente loi s'étend et s'applique à tout texte législatif, à moins que ne ressorte une intention contraire . . .

et que l'art. 21(1) 20 dispose que le mot «personne» comprend une corporation. Toutefois, le jugement se réfère aux articles de *The School Act* dans lesquels les expressions «personnes qui contribuent aux écoles publiques» ou «personnes qui contribuent aux écoles séparées» sont employées dans un contexte qui ne peut les rattacher qu'à une personne physique. Les exemples donnés comprennent les par. 57(2), 57(3), 60(2) et 60(3) déjà cités. La conclusion que l'on en tire est que l'expression «toute personne qui devrait être cotisée comme contribuant aux écoles publiques» doit désigner une personne physique.

The Appellate Division did not adopt this reasoning. It found that the Court of Revision did have jurisdiction to hear the complaints, but held that its jurisdiction in respect of those complaints was limited to the following matters:

- (a) Determining whether the notice given under Section 60 of The School Act by Acme Brake & Clutch Ltd. was given to the persons designated by Section 61 of The School Act;
- (b) Inquiring as to the existence in fact of a resolution of Acme Brake & Clutch Ltd. relating to Section 60 of The School Act, provided that such inquiry may not in any way deal with the internal affairs or management of the Corporation;
- (c) Inquiring whether Acme Brake & Clutch Ltd. had a right to give a notice under Section 60 of The School Act, in the sense that one or more of its shareholders were of the same religious faith as those who established the separate school district;
- (d) Inquiring whether:
 - (i) Aaron Holdings Ltd. gave a notice under Section 60 of The School Act;
 - (ii) The Edmonton Catholic School District Number 7 gave a notice under Section 63(1) of The School Act with respect to Aaron Holdings Ltd. and whether or not the notice was also given to those designated by Section 63(2) of The School Act;
 - (iii) Aaron Holdings Ltd., subsequent to receipt of such notice under Section 63(1) of The School Act gave a notice in accordance with Section 63(4) of The School Act.
- (e) Inquiring whether the City Assessor of the City of Edmonton has accurately recorded in the Assessment Roll the information required to be entered as a result of or pursuant to notices given under The School Act by or in respect of Acme Brake & Clutch Ltd. and Aaron Holdings Ltd.

I am in agreement with the conclusion of the Appellate Division that the Court of Revision could consider, under s. 45(1)(e) of *The Municipal Taxation Act*, a complaint relating to a corporation. In my opinion the word "person" as used in that paragraph includes a corporation. The conclusion in the judgment at trial that, in the light of other sections of *The School Act*, "public school supporter" and "separate school supporter" mean only natural persons is answered by s. 64, which

La Division d'appel n'a pas adopté ce raisonnement. Elle a estimé que la Cour de révision était compétente pour entendre les plaintes, mais que sa compétence à l'égard de celles-ci se limitait aux questions suivantes:

- [TRADUCTION] a) Déterminer si l'avis donné par Acme Brake & Clutch Ltd. en vertu de l'article 60 de *The School Act* a été adressé aux personnes désignées par l'article 61 de ladite loi;
- b) Rechercher s'il existait en fait une résolution d'Acme Brake & Clutch Ltd. relative à l'article 60 de *The School Act*, à condition qu'une telle recherche ne puisse toucher en aucune façon les affaires ou l'administration internes de cette dernière;
- c) Rechercher si Acme Brake & Clutch Ltd. avait le droit de donner un avis en vertu de l'article 60 de *The School Act* en ce sens que l'un ou plusieurs de ses actionnaires étaient de la même confession que ceux qui avaient constitué l'arrondissement d'écoles séparées;
- d) Rechercher si:
 - (i) Aaron Holdings Ltd. a donné un avis en vertu de l'article 60 de *The School Act*;
 - (ii) l'arrondissement scolaire catholique numéro 7 d'Edmonton a donné, en vertu du paragraphe 63(1) de *The School Act*, un avis concernant Aaron Holdings Ltd. et si l'avis a également été adressé ou non aux personnes désignées par le paragraphe 63(2) de *The School Act*;
 - (iii) Aaron Holdings Ltd., après avoir reçu cet avis donné en vertu du paragraphe 63(1) de *The School Act*, a donné un avis conformément au paragraphe 63(4) de ladite loi.
- e) Rechercher si l'évaluateur de la ville d'Edmonton a bien consigné au rôle d'évaluation les renseignements dont l'inscription était exigée par suite des avis qu'Acme Brake & Clutch Ltd. et Aaron Holdings Ltd. ont donnés en vertu de *The School Act* ou que l'on a donnés à leurs sujet.

Je suis d'accord avec la conclusion de la Division d'appel, selon laquelle la Cour de révision peut, en vertu de l'al. 45(1)(e) de *the Municipal Taxation Act*, connaître d'une plainte relative à une corporation. A mon avis, le mot «personne» utilisé à cet alinéa comprend des corporations. La conclusion du jugement de première instance selon laquelle les expressions «personnes qui contribuent aux écoles publiques» et «personnes qui contribuent aux écoles séparées» ne peuvent concerner que des

refers in terms to "the assessment of property in the district of persons, other than corporations, who are separate school supporters". This clearly contemplates that corporations can be separate school supporters.

Section 45(1) of *The Municipal Taxation Act* uses the word "person" twice in addition to its use in para. (e). It appears in the first two words of the subsection and again in para. (d). If "person", as used, in the subsection is taken to mean only a natural person, no corporation could make any complaint to the Court of Revision in respect of its assessment, and no complaint could be made by anyone as to the wrongful entry or omission of a corporation on or from the assessment roll. If "person" does include a corporation in those two instances I cannot conclude that it was used in a different sense in the same subsection in para. (e).

I will now examine the reasons which led the Appellate Division to sustain the order of prohibition, save to the limited extent previously mentioned. This requires a separate consideration of the conclusions reached with respect to s. 60 and s. 63 of *The School Act*.

Section 60

The Appellate Division held that, in respect of s. 60, any company having shareholders who are supporters of a separate school was required to determine the number of shareholders who were separate school supporters, the value of their shares, and thereupon make an allocation of the assessable property which is to be entered and assessed for separate school purposes. It was held that:

These matters fall within the internal management of the corporation, and no authority for intrusion is given to an outside agency. Given one or more separate school supporters amongst the shareholders, for the purposes of the operation of section 60 all that is required is a notice by the corporation in which the percentage designation of assessment is set out with a statement that it is

personnes physiques est combattue par l'art. 64, qui parle de [TRADUCTION] «évaluation des immeubles des personnes de l'arrondissement, autres que des corporations, qui contribuent aux écoles séparées». Cela indique clairement que des corporations peuvent être considérées comme contribuant aux écoles séparées.

Le paragraphe 45(1) de *The Municipal Taxation Act* utilise le mot «personne» deux autres fois, en dehors de l'al. e). C'est le deuxième mot du paragraphe et il figure aussi à l'al. d). Si le mot «personne», tel qu'il est utilisé dans le paragraphe, devait désigner seulement une personne physique, aucune corporation ne pourrait présenter de plainte relative à son évaluation auprès de la Cour de révision, et personne ne le pourrait non plus à l'égard de l'inscription irrégulière d'une corporation au rôle d'évaluation ou de son omission irrégulière. Si le mot «personne» comprend une corporation dans ces deux cas, il m'est impossible de conclure qu'il a été utilisé dans un sens différent à l'al. e) du même paragraphe.

Je vais maintenant examiner les motifs qui ont conduit la Division d'appel à confirmer l'ordonnance de prohibition, avec les restrictions indiquées plus haut. Pour cela, il faut étudier séparément les conclusions auxquelles elle en est arrivée en ce qui concerne les art. 60 et 63 de *The School Act*.

Article 60

En ce qui concerne l'art. 60, la Division d'appel a jugé que toute corporation qui a des actionnaires qui contribuent à une école séparée devait déterminer le nombre de ceux-ci, la valeur de leurs actions, puis la proportion des immeubles assujettis qui doit être inscrite et évaluée au bénéfice des écoles séparées. Elle a jugé que:

[TRADUCTION] Ces questions relèvent de la gestion interne de la corporation et aucun pouvoir d'immixtion n'est conféré à un organisme extérieur. Dès lors qu'un ou plusieurs actionnaires contribuent aux écoles séparées, tout ce que l'application de l'article 60 exige, c'est un avis de la corporation dans lequel figure la désignation du pourcentage d'évaluation, accompagné d'une

approved by a resolution of a corporation or of its directors.

It was also held that if

the correctness of the statements in the notice is to be challenged, it would have to be made against the directors or against the company itself, as the case may be, by such action in the courts as may be available and appropriate. The statute does not contemplate that the contents of the notice could be subject to outside attack.

Reference was made to the Privy Council decision in *Windsor Education Board v. Ford Motor Company of Canada, Limited*², in the following passage from the judgment of the Appellate Division:

I do not think that the above conclusion is precluded by *Windsor Education Board v. Ford Motor Company of Canada, Limited* [1941] A.C. 453. The ratio of that case was directed to the burden of proof in a hearing by the Court of Revision, it having been conceded by counsel that a right of appeal lay in respect of the contents of a notice given by a corporation. That concession unavoidably opened the door to a jurisdiction in the Court of Revision, as appears from the judgment of Lord Atkin at page 463. Such is not the case here. The right of appeal to the Court of Revision is strongly contested and demands a decision.

The *Windsor* case was concerned with a provision of *The Separate Schools Act*, R.S.O. 1937, c. 362, s. 66, similar in effect to ss. 60 and 61 of *The School Act*. The Ontario section provided as follows:

66. (1) A corporation by notice (Form B) to the clerk of any municipality wherein a separate school exists may require the whole or any part of the land of which such corporation is either the owner and occupant, or not being the owner is the tenant, occupant or actual possessor, and the whole or any proportion of the business assessment or other assessments of such corporation made under *The Assessment Act*, to be entered, rated and assessed for the purposes of such separate school.

(2) The assessor shall thereupon enter the corporation as a separate school supporter in the assessment roll in respect of the land and business or other assessments designated in the notice, and the proper entries shall be made in the prescribed column for separate school rates,

² [1941] A.C. 453.

déclaration selon laquelle celui-ci a été approuvé par une résolution de la corporation ou de ses administrateurs.

Elle a ajouté que si

[TRADUCTION] l'exactitude des déclarations faites dans l'avis devait être contestée, elle devrait l'être contre les administrateurs ou contre la corporation elle-même, selon le cas, au moyen de toute action appropriée dont on pourrait disposer devant les tribunaux. Il n'entre pas dans l'intention de la Loi que le contenu de l'avis puisse être attaqué de l'extérieur.

La Division d'appel s'est référée à la décision du Conseil privé dans l'affaire *Windsor Education Board c. Ford Motor Company of Canada, Limited*², dans le passage suivant de son jugement:

[TRADUCTION] Je ne pense pas que l'arrêt *Windsor Education Board c. Ford Motor Company of Canada, Limited*, [1941] A.C. 453, fasse obstacle à la conclusion ci-dessus. Le motif déterminant de cet arrêt concernait le fardeau de la preuve à l'audition devant la Cour de révision, les avocats ayant concédé qu'il existait un droit d'appel à l'égard du contenu d'un avis donné par une corporation. Cette concession ouvrait inévitablement la porte à la compétence de la Cour de révision, comme le montre le jugement de lord Atkin à la p. 463. Tel n'est pas le cas ici. Le droit d'en appeler à la Cour de révision est fortement contesté et requiert une décision.

L'affaire *Windsor* portait sur une disposition de la *Separate Schools Act*, R.S.O. 1937, c. 362, art. 66, dont la portée était semblable à celle des art. 60 et 61 de *The School Act*. L'article de la loi ontarienne se lisait comme suit:

[TRADUCTION] 66. (1) Par avis (formule B) au greffier de toute municipalité dans laquelle se trouve une école séparée, une corporation peut demander que l'ensemble ou une partie des biens-fonds dont elle est propriétaire et qu'elle occupe ou, si elle n'est pas propriétaire, qu'elle loue, occupe ou possède réellement, et l'ensemble ou une partie de l'évaluation d'entreprise ou des autres évaluations de la corporation faites en vertu de l'*Assesment Act*, soient inscrits, imposés et cotisés aux fins de l'école séparée.

(2) Le cotiseur inscrira alors la corporation au rôle d'évaluation comme contribuant aux écoles séparées relativement aux biens-fonds et à l'évaluation d'entreprise ou aux autres évaluations indiquées dans l'avis, et les inscriptions appropriées seront faites dans la colonne

² [1941] A.C. 453.

and so much of the land and business or other assessments so designated shall be assessed accordingly for the purposes of the separate school and not for public school purposes, but all other land and the remainder, if any, of the business or other assessments of the corporation shall be separately entered and assessed for public school purposes.

(3) Unless all the stock or shares are held by Roman Catholics the share or portion of such land and business or other assessments to be so rated and assessed shall not bear a greater proportion to the whole of such assessments than the amount of the stock or shares so held bears to the whole amount of the stock or shares.

(4) A notice given in pursuance of a resolution of the directors shall be sufficient and shall continue in force and be acted upon until it is withdrawn, varied or cancelled by a notice subsequently given pursuant to any resolution of the corporation or of its directors.

(5) Every notice so given shall be kept by the clerk on file in his office and shall at all convenient hours be open to inspection and examination by any person entitled to examine or inspect an assessment roll.

(6) The assessor shall in each year, before the return of the assessment roll, search for and examine all notices which may be so on file and shall follow and conform thereto and to the provisions of this Act.

A dispute arose between the Board and the company in respect of a notice given by the company to the clerk of the municipality requiring that 18 per cent of its assessment in the City of Windsor be entered and assessed for separate school purposes. It was the contention of the Board that the allocation had been improperly made because it was not based upon actual knowledge of the percentage of Roman Catholic shareholders in the company, but was an estimate.

The Board appealed to the Court of Revision pursuant to s. 31 of *The Assessment Act*, R.S.O. 1937, c. 272, which provided:

31. The court of revision shall hear and determine all complaints with regard to persons alleged to be wrongfully placed upon or omitted from the roll as Roman Catholic separate school supporters, and any person so complaining or any ratepayer may give notice in writing

réservée aux impôts des écoles séparées, et la partie des biens-fonds et de l'évaluation d'entreprise ou des autres évaluations ainsi indiquées sera imposée en conséquence aux fins des écoles séparées et non aux fins des écoles publiques, mais les autres biens-fonds ainsi que la partie restante, s'il y a lieu, de l'évaluation d'entreprise ou des autres évaluations de la corporation seront inscrits séparément et imposés aux fins des écoles publiques.

(3) A moins que tout le capital social ou toutes les actions soient détenus par des catholiques romains, la partie ou portion de ces biens-fonds, évaluation d'entreprise ou autres évaluations qui doit être ainsi imposée et cotisée ne doit pas représenter une proportion plus importante par rapport à l'ensemble de ces évaluations que le montant du capital social ou des actions ainsi détenus représente par rapport au montant global du capital social ou des actions.

(4) Un avis donné en conformité d'une résolution des administrateurs sera suffisant et demeurera en vigueur, et l'on pourra se fonder sur pareil avis, jusqu'à ce qu'il soit retiré, modifié ou annulé par avis donné ultérieurement en conformité d'une résolution de la corporation ou de ses administrateurs.

(5) Tout avis ainsi donné sera classé par le greffier dans son bureau et pourra être inspecté et examiné à toute heure convenable par toute personne ayant le droit d'examiner ou d'inspecter un rôle d'évaluation.

(6) Le cotiseur doit chaque année, avant la production du rôle d'évaluation, sortir et examiner tous les avis qui peuvent être ainsi classés et s'y conformer ainsi qu'aux dispositions de la présente loi.

Un différend est né entre le Conseil et la corporation au sujet d'un avis adressé par celle-ci au greffier de la municipalité. Elle y demandait que 18 pour cent de son évaluation dans la ville de Windsor fussent inscrits et imposés au bénéfice des écoles séparées. Le Conseil a prétendu que la proportion avait été mal établie parce qu'elle ne reposait pas sur une connaissance réelle du pourcentage des actionnaires catholiques, mais sur une estimation.

Le Conseil en appel à la Cour de révision conformément à l'art. 31 de *l'Assessment Act*, R.S.O. 1937, c. 272, qui disposait que:

[TRADUCTION] 31. La Cour de révision entend et juge toutes les plaintes concernant des personnes dont il est allégué qu'à tort, elles ont été placées au rôle ou omises de ce dernier comme contribuant aux écoles séparées catholiques, et tout plaignant ou tout contri-

to the clerk of the municipality of such complaint, and the provisions of this Act as to giving notice of complaints against the assessment roll and proceedings for the trial thereof shall apply to complaints under this section.

The Board was successful in the Court of Revision and on the company's appeal to a county court judge. The company appealed to the Court of Appeal for Ontario, which reversed the county court judge. The Board failed on its appeal to this Court, but successfully appealed to the Privy Council, which held that an onus rested upon the company to prove that the allocation to separate school purposes did not exceed the proportion permitted by s. 66, and that this onus had not been met.

At no point in the judgments of this Court or in the Privy Council was it suggested that the requirements of s. 66(3) (the equivalent of s. 60(2) of *The School Act*) were merely a matter of guidance for the internal management of the company. The failure of the company properly to comply with that subsection resulted in the notice being declared null and void, and the whole assessment being rated for public school purposes.

The Appellate Division, in the passage from its reasons already cited, distinguished the *Windsor* case on the basis of a concession by counsel in the Privy Council. In the first place, a concession by counsel could not confer upon the Court of Revision a jurisdiction which it did not have. In the second place, the reference to the concession was made in discussing what was regarded as a secondary submission by counsel for the company. The passage in question is as follows, at p. 463 of the Privy Council decision:

Two other matters raised in the excellent argument of Mr. Gahan for the respondents require short notice. It was urged that the provisions of sub-s. 4 of s. 66 have the effect of making the directors' notice valid unless, at least, it is proved to be invalid. But this construction of the sub-section would lead to impossible results. The notice, says the sub-section, is sufficient, and remains in force until withdrawn, varied or cancelled by another notice of the company. If this were literally construed no appeal against an invalid notice would be of any avail

buable peut aviser par écrit le greffier de la municipalité de pareille plainte; les dispositions de la présente loi sur la façon de donner avis des plaintes contre le rôle d'évaluation et la procédure selon laquelle elles sont jugées, s'appliquent aux plaintes visées au présent article.

Le Conseil eut gain de cause devant la Cour de révision ainsi que, sur appel de la corporation, devant un juge de la cour de comté. La corporation fit appel à la Cour d'appel de l'Ontario qui infirma la décision du juge de la cour de comté. L'appel du Conseil devant notre Cour échoua, mais celui qu'elle porta devant le Conseil privé fut accueilli, celui-ci décidant que la corporation avait le fardeau de prouver que la part affectée aux écoles séparées n'excédait pas la proportion permise par l'art. 66 et qu'elle n'y avait pas satisfait.

Aucun passage des jugements de cette Cour ou du Conseil privé ne laisse entendre que les exigences du par. 66(3) (équivalent du par. 60(2) de *The School Act*) n'étaient là que pour guider la corporation dans sa gestion interne. Le défaut de la corporation de se conformer convenablement au paragraphe aboutit à une déclaration de nullité de l'avis et à l'imposition de toute l'évaluation au bénéfice des écoles publiques.

La Division d'appel, dans le passage déjà cité de ses motifs, a distingué l'arrêt *Windsor* en se fondant sur une concession faite par les avocats devant le Conseil privé. En premier lieu, une concession des avocats ne peut conférer à la Cour de révision une compétence qu'elle ne possède pas. En second lieu, la référence à la concession a été faite lors de la discussion de ce qui était considéré comme une allégation subsidiaire présentée par l'avocat de la corporation. Le passage en question, qui se trouve à la p. 463 de la décision du Conseil privé, est le suivant:

[TRADUCTION] Il convient de s'arrêter brièvement à deux autres points soulevés par M^e Gahan dans son excellente plaidoirie pour les intimés. On a soutenu que les dispositions du par. 4 de l'art. 66 avaient pour effet de rendre valide l'avis des administrateurs à moins qu'il ne soit prouvé qu'il est invalide. Mais cette interprétation du paragraphe conduirait à des résultats impossibles. L'avis, dit le paragraphe, est suffisant et demeure en vigueur jusqu'à ce qu'il soit retiré, modifié ou annulé par un autre avis de la corporation. Si on l'interprète

until the directors chose to correct their mistake. But the right of appeal is conceded, with the consequence that the notice may be found to be invalid for requiring too great a proportion. Sub-sect. 4 will not avail. The subsection can only affect the notice until challenged on appeal, and it appears to have no bearing on the question of onus on such appeal, which is determined by the considerations already stated.

It should be noted that the judgment of the Appellate Division itself concedes the right of the appellant in this case to appeal from the notice. The question in issue is as to whether the validity of the notice can be considered by the Court of Revision, or whether, once made, it is immune from attack save by an action in the courts. In my opinion the decision of the Privy Council in the *Windsor* case could not have been made if it had considered that the allocation made by the company was not subject to review on appeal to the Court of Revision.

An issue similar to that in the *Windsor* case arose in the case of *Banque Provinciale du Canada v. Ogilvie*³. The case, in this Court, turned upon the adequacy of the efforts made by the appellant bank to ascertain the proportion of its shares owned by Roman Catholic shareholders. In this Court they were held to be adequate. The relevant section, s. 58 of *The Separate Schools Act*, R.S.O. 1960, c. 368, was essentially the same as that considered by the Privy Council in the *Windsor* case. Again, there was no suggestion that the content of the notice by the corporation could not be considered by the Court of Revision.

While I recognize that there are some differences in wording and arrangement of the subsections as between ss. 60 and 61 of *The School Act* now being considered and the sections of *The Separate Schools Act* which were considered in the *Windsor* case and the *Banque Provinciale* case, in the light of those decisions I do not construe s. 60(2) of *The School Act* as manifesting an intention to insulate the contents of a notice filed under that section from consideration by the Court of

littéralement, on ne disposerait d'aucun appel contre un avis invalide jusqu'à ce que les administrateurs aient décidé de corriger leur erreur. Mais le droit d'appel est concédé, en sorte que l'avis peut être jugé invalide pour avoir demandé une trop grande proportion. Le paragraphe 4 n'y fait pas obstacle. Il ne peut viser l'avis que jusqu'à ce qu'il soit contesté en appel et il ne paraît avoir aucun rapport avec la question du fardeau de la preuve lors d'un tel appel, question qui obéit aux considérations déjà exposées.

On doit souligner que le jugement de la Division d'appel lui-même concède le droit de l'appellant, dans la présente affaire, d'en appeler de l'avis. La question en litige est de savoir si la Cour de révision peut examiner la validité de l'avis ou si, une fois donné, il est à l'abri de toute attaque sauf par voie de recours devant les tribunaux. A mon avis, le Conseil privé n'aurait pu en arriver à la décision qu'il a rendue dans l'affaire *Windsor* s'il avait estimé que la répartition effectuée par la corporation n'était pas susceptible de révision sur appel à la Cour de révision.

Une question semblable à celle de l'affaire *Windsor* a été soulevée dans l'affaire *Banque Provinciale du Canada c. Ogilvie*³. Devant cette Cour, le pourvoi a porté sur la suffisance des efforts accomplis par la Banque appelante pour déterminer avec précision la proportion de ses actions détenues par des actionnaires catholiques. Cette Cour les a jugés suffisants. Le texte pertinent, l'art. 58 de la *Separate Schools Act*, R.S.O. 1960, c. 368, est essentiellement le même que celui que le Conseil privé avait étudié dans l'affaire *Windsor*. De nouveau, rien n'a laissé entendre que le contenu de l'avis donné par la corporation ne pouvait pas être examiné par la Cour de révision.

Bien que j'admette qu'il existe quelques différences de vocabulaire et de disposition entre les art. 60 et 61 de *The School Act*, que j'étudie maintenant, et les articles de la *Separate Schools Act* étudiés dans les arrêts *Windsor* et *Banque Provinciale*, ces décisions ne me portent pas à interpréter le par. 60(2) de *The School Act* comme manifestant une intention de soustraire le contenu d'un avis déposé en vertu de cet article à l'examen de la Cour de révision. Une corporation qui décide

³ [1973] S.C.R. 281.

³ [1973] R.C.S. 281.

Revision. A corporation which elects to give a notice under s. 60 is obligated to comply with the requirements of subs. (2). Failure to comply renders the notice inoperative and, in my opinion, such non-compliance can be brought to the attention of and considered by the Court of Revision under s. 45(1)(e) of *The Municipal Taxation Act*.

That the proper allocation by a corporation of part of its assessment to separate school purposes is not merely a matter of internal administration within the corporation was made clear by Chief Justice Duff, who was one of the dissenting judges in this Court in the *Windsor*⁴ case. He was referring to s. 66 of *The Separate Schools Act* which I have cited. He said, at p. 419:

I am unable to escape the conclusion that section 66 imposes a strict limit upon the proportion of its land and business or other assessments which can be designated by the ratepayer-corporation in its notice for assessment for the purposes of the separate school in the municipality. Subsection 3 appears to me to impose a prohibition directed to the corporation against designating for such purposes a proportion of its land, business or other assessments greater than the proportion which the stock or shares held by Roman Catholics bears to the whole amount of its stock or shares.

The ratepayer corporation is not a public body, but in giving the notice authorized by section 66, it is exercising a statutory authority bestowed upon it in the public interest and for a public purpose. In exercising such authority it is affected by certain obligations which govern a public body invested with powers the execution of which may prejudicially affect the rights and interests of others. It is bound to act within the limits of the power conferred, and conformably to the procedure laid down by the statute. It is bound to exercise the power in good faith for the purposes for which the power is given, that is to say, for the purposes contemplated by the statute; and, in putting the power into effect (following the procedure laid down), it is bound to act reasonably. (*Westminster v. London & N.W. Ry. Co.*, [1905] A.C. 426, at 430).

With great respect, I think this statute contemplates a notice given, and only given, after the ratepayer corporation has ascertained as a fact that the proportion of its assessment directed to be applied for separate school purposes is not greater than the proportion defined by subsection 3. Unless that condition be fulfilled, the

de donner un avis en vertu de l'art. 60 est obligée de satisfaire aux conditions prévues au par. (2). L'inobservation de celles-ci rend l'avis inopérant et peut, à mon sens, être portée à l'attention de la Cour de révision et soumise à son appréciation en vertu de l'al. 45(1)e) de *The Municipal Taxation Act*.

L'affectation correcte, par une corporation, d'une partie de son évaluation aux écoles séparées n'est pas une pure question de gestion interne pour elle. Le juge en chef Duff, qui était l'un des juges en dissidence de cette Cour dans *Windsor*⁴, l'a clairement établi. Se référant à l'art. 66 de la *Separate Schools Act* que j'ai cité, il déclarait à la p. 419:

[TRADUCTION] Je suis obligé d'en arriver à la conclusion que l'art. 66 impose de strictes limites à la proportion des évaluations foncières, commerciales ou autres que la corporation contribuable peut indiquer dans son avis d'évaluation comme devant aller aux écoles séparées de la municipalité. Le paragraphe 3 me paraît interdire à la corporation d'indiquer à cette fin une proportion de ses évaluations foncières, commerciales ou autres, plus élevée que celle du capital social ou des actions détenus par des catholiques romains par rapport au montant total de son capital social ou de ses actions.

La corporation contribuable n'est pas un organisme public mais, en donnant l'avis autorisé par l'art. 66, elle exerce un pouvoir qui lui est conféré par la Loi dans l'intérêt public et à des fins publiques. L'exercice de ce pouvoir la soumet à certaines des obligations qui incombent à un organisme public investi de fonctions dont l'exécution peut porter atteinte aux droits et intérêts d'autrui. Elle est tenue d'agir dans les limites du pouvoir qui lui a été conféré et de procéder conformément à la Loi. Elle est tenue d'exercer le pouvoir de bonne foi dans le but pour lequel il a été donné, c'est-à-dire dans le but que la Loi avait en vue; et en mettant le pouvoir en œuvre (en suivant la procédure imposée), elle est tenue d'agir raisonnablement. (*Westminster v. London & N.W. Ry. Co.*, [1905] A.C. 426, à la p. 430.)

Avec égards, je pense que cette loi envisage un avis donné, et donné seulement après que la corporation contribuable a établi en fait que la proportion de son évaluation, qu'elle demande d'affecter aux écoles séparées, n'est pas plus élevée que la proportion définie par le par. 3. A moins de satisfaire à cette condition, la corpo-

⁴ [1939] S.C.R. 412.

⁴ [1939] R.C.S. 412.

corporation cannot, in my opinion, be said to be exercising the statutory power in conformity with the directions of the statute.

For these reasons I am of the view that the Court of Revision should not have been prohibited from considering the appellant's complaint with respect to notices which failed to comply with s. 60.

Section 63

The issue here is as to the validity of notices filed by the Board under s. 63 in cases where the corporation affected has no shareholders who are separate school supporters. Subsection (1) of the section provides that:

Where a corporation has not given a notice under section 60, the board of a separate school district, by giving notice, may require part of the property in respect of which the corporation is assessable to be entered and assessed for separate school purposes.

The Appellate Division dealt with this issue in the following passage from its judgment:

The section operates on a timetable, and its purpose is also directed to fair treatment of minority school districts in the matter of tax support. It is available to a separate school board only when a corporation has not given a notice under section 60 by December 1 (Section 61(2)). This may have occurred because all of its shareholders are public school supporters or it may have been a matter of neglect in the internal management of the corporation, or merely indifference on the part of such of its shareholders as are separate school supporters. Whatever the reason, the separate school board is given the right within a limited time to put the matter to the test. It may give a notice on or before December 15 requiring a part of the assessable property of such corporation to be entered on the assessment roll for separate school purposes. The right to give this notice is not dependent upon the existence of separate school supporters amongst the shareholders of the corporation, as subsection (4) makes abundantly clear; and on this I distinguish the decision in *Regina Public School v. Gratton Separate School* ((1915), 21 D.L.R. 162) on section 93a of *The School Assessment Act of Saskatchewan*. It arises when the corporation has not given a notice by December 1, and there are no other conditions attached to the exercise of the right. The notice must be given to all those mentioned in subsection (2) which includes the corporation. The corporation is thereby

ration ne peut être considérée, à mon avis, comme exerçant le pouvoir légal conformément aux prescriptions de la Loi.

Pour ces motifs, je suis d'avis que la Cour de révision n'aurait pas dû se voir interdire d'examiner la plainte de l'appelant relative aux avis qui ne satisfaisaient pas à l'art. 60.

Article 63

Le point en litige ici est la validité des avis déposés par le Conseil en vertu de l'art. 63 dans les cas où la corporation concernée n'a pas d'actionnaires contribuant aux écoles séparées. Le paragraphe (1) de l'article dispose que:

[TRADUCTION] Quand une corporation n'a pas donné l'avis prévu à l'article 60, le conseil d'un arrondissement d'écoles séparées peut, en en donnant avis, demander qu'une partie des immeubles à l'égard desquels la corporation est imposable, soit inscrite et évaluée au bénéfice des écoles séparées.

La Division d'appel a traité cette question dans le passage suivant de son jugement:

[TRADUCTION] L'article opère chronologiquement et a également pour but d'assurer un soutien fiscal équitable aux arrondissements scolaires minoritaires. Un conseil d'écoles séparées peut l'utiliser seulement quand une corporation n'a pas donné l'avis prévu à l'art. 60 le 1^{er} décembre (art. 61(2)). Cela peut se produire lorsque tous ses actionnaires contribuent aux écoles publiques ou parce qu'il y a eu quelque négligence dans la gestion interne de la corporation ou simplement indifférence de la part de ses actionnaires qui contribuent aux écoles séparées. Quelle que soit la raison, le conseil des écoles séparées a le droit, dans un délai limité, de mettre la question à l'épreuve. Il peut, au plus tard le 15 décembre, déposer un avis demandant qu'une partie des immeubles imposables soit inscrite au rôle d'évaluation au bénéfice des écoles séparées. Ce droit ne dépend pas de la présence, dans la corporation, d'actionnaires contribuant aux écoles séparées, comme le montre clairement le par. (4); et, sur ce point, je fais une distinction avec la décision rendue dans l'affaire *Regina Public School v. Gratton Separate School*, ((1915) 21 D.L.R. 162) sur le fondement de l'art. 93a de *The School Assessment Act of Saskatchewan*. Ce droit naît dès que la corporation n'a pas donné d'avis le 1^{er} décembre, et son exercice n'est soumis à aucune autre condition. L'avis doit être adressé à toutes les personnes indiquées au par. (2), ce qui comprend la corporation. Celle-ci est

alerted to the claim of the separate school board to a share of its taxes. At that late stage it may, pursuant to section 63(4) give a statement under its corporate seal that all of its shareholders are of the same religious faith as the electors of the public school district.

The contention of the appellant is that ss. 60 and 63 must be read together, and that the words "Where a corporation has not given a notice under section 60" must be construed as being applicable only in a situation where the corporation could have filed a notice under s. 60 but failed to do so. A corporation which has no shareholders who are separate school supporters could not, under s. 60, require a part of its property to be entered and assessed for separate school purposes. This position is supported by the opinions of Davies J. and Duff J. (as he then was) in *Regina Public School v. Gratton Separate School*⁵, which case was distinguished in the passage from the judgment of the Appellate Division which I have quoted.

The *Regina* case arose out of the meaning and application of s. 93a of the Saskatchewan *School Assessment Act* enacted in s. 3 of c. 36 of the Saskatchewan Statutes 1912-1913. Section 93 of that Act, R.S.S. 1909, c. 101, contained a provision, similar to s. 60 of *The School Act*, enabling a corporation to give notice requiring a portion of its school taxes to be applied for separate school purposes. Section 93a, similar in effect to s. 63 of *The School Act*, provided as follows:

93a. In the event of any company failing to give a notice as provided in section 93 hereof the board of trustees of the separate school district may give to the company a notice in writing in the following form or to the like effect, that is to say:

The board of trustees of _____ separate school district No. _____ of Saskatchewan hereby give notice that unless and until your company gives a notice as provided by section 93 of *The School Assessment Act* the school taxes payable by your company in respect of assessable property lying within the limits of the _____ school district No. _____ of Saskatchewan (naming the public school district in relation to which the separate

ainsi avertie que le conseil des écoles séparées réclame une part de ses taxes. A ce dernier stade, elle peut, conformément au par. 63(4), faire une déclaration portant son sceau selon laquelle tous ses actionnaires sont de même confession que les électeurs de l'arrondissement d'écoles publiques.

La prétention de l'appellant est qu'on doit lire ensemble les art. 60 et 63 et qu'on doit interpréter les mots [TRADUCTION] «Quand une corporation n'a pas donné l'avis prévu à l'article 60» comme s'appliquant à la situation où la corporation aurait pu déposer un avis en vertu de l'art. 60, mais a omis de le faire. Une corporation qui n'a pas d'actionnaires contribuant aux écoles séparées ne pourrait, en vertu de l'art. 60, demander qu'une partie de ses immeubles soit inscrite et évaluée au bénéfice des écoles séparées. Cette position trouve un appui dans les motifs du juge Davies et du juge Duff (alors juge puîné) dans l'arrêt, *Regina Public School c. Gratton Separate School*⁵, qui a été distingué dans le passage du jugement de la Division d'appel que j'ai cité.

L'affaire *Regina* porte sur les sens et l'application de l'art. 93a de *The School Assessment Act* de la Saskatchewan, édicté à l'art. 3 du c. 36 des Lois de la Saskatchewan de 1912-1913. L'article 93 de cette loi, R.S.S. 1909, c. 101, contient une disposition semblable à l'art. 60 de *The School Act*, qui autorise une corporation à donner un avis demandant qu'une partie de ses taxes scolaires soit affectée aux écoles séparées. L'article 93a, dont la portée est semblable à celle de l'art. 63 de *The School Act*, prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] 93a. Au cas où une corporation omet de donner l'avis prévu à l'article 93 ci-dessus, le conseil scolaire de l'arrondissement d'écoles séparées peut adresser à la corporation un avis écrit, sous la forme suivante ou une forme équivalente, c'est-à-dire:

Le conseil scolaire de l'arrondissement d'écoles séparées n° _____ en Saskatchewan vous avise par les présentes que jusqu'à ce que votre corporation donne l'avis prévu par l'art. 93 de *The School Assessment Act*, les taxes scolaires que votre corporation doit payer sur les immeubles assujettis à l'évaluation sis dans les limites de l'arrondissement scolaire n° _____ en Saskatchewan (nommer l'arrondissement d'école publique en relation avec lequel l'école

⁵ (1915), 50 S.C.R. 589.

⁵ (1915), 50 R.C.S. 589.

school is established) will be divided between the said public school district and the said separate school district in shares corresponding with the total assessed value of assessable property assessed to persons other than corporations for public school purposes and the total assessed value of the assessable property assessed to persons other than corporations for separate school purposes respectively.

This notice is given in pursuance of section 93a of *The School Assessment Act* as amended.

(2) Unless and until any company to which notice has been given as aforesaid gives a notice as provided in section 93 hereof the whole of the assessable property of such company lying within the limits of the public school district shall be entered, rated and assessed upon the assessment roll for the public school district and all taxes so assessed shall be collected as taxes payable for the said public school district and when so collected such taxes shall be divided between the said public school district and the said separate school district in the proportions and manner and according to the provisions set out in the notice in the next preceding subsection mentioned.

The effect of this section was that, if the board of a separate school district properly gave the kind of notice provided in s. 93a, a portion of the school taxes of a corporation to which such notice was given would be payable to the separate school district, and that this would continue until the corporation gave a notice under s. 93, which notice a corporation with no shareholders who were separate school supporters could not give.

The case was considered in this Court by five judges on a special case in which one of the questions was as to the constitutional validity of s. 93a.

Chief Justice Fitzpatrick and Anglin J., as he then was, were of the view that the section was valid, and that it applied to all corporations which had not given a notice under s. 93. Idington J. held that the section was constitutionally invalid. Davies J. and Duff J., as he then was, did not deal with the constitutional issue, but held that the section did not apply to a corporation which, because it had no shareholders who were separate school supporters, could not give a notice under s. 93.

séparée a été fondée) seront partagées entre ledit arrondissement d'écoles publiques et ledit arrondissement d'écoles séparées dans les proportions correspondant respectivement à la valeur totale estimée des immeubles assujettis à l'évaluation appartenant à des personnes, autres que des corporations, cotisant aux écoles publiques et la valeur totale estimée des immeubles assujettis à l'évaluation appartenant à des personnes, autres que des corporations, cotisant aux écoles séparées.

Cet avis est donné conformément à l'article 93a de *The School Assessment Act* et modifications.

(2) Jusqu'à ce qu'une corporation, à laquelle a été signifié l'avis susdit, donne un avis prévu à l'article 93 ci-dessus, la totalité des immeubles de cette corporation sis dans les limites de l'arrondissement d'écoles publiques sera inscrite au rôle d'évaluation, imposée et cotisée au bénéfice de l'arrondissement d'écoles publiques et toutes les taxes ainsi imposées seront perçues comme taxes payables audit arrondissement d'écoles publiques et les taxes ainsi perçues seront partagées entre ledit arrondissement d'écoles publiques et ledit arrondissement d'écoles séparées selon les proportions et en la manière prescrites par les dispositions contenues dans l'avis au paragraphe immédiatement précédent.

L'effet de cet article est que, si le conseil d'un arrondissement d'écoles séparées donne régulièrement la sorte d'avis prévue à l'art. 93a, une portion des taxes scolaires de la corporation à laquelle il est adressé sera payable à l'arrondissement d'écoles séparées et qu'il en sera ainsi jusqu'à ce que la corporation donne un avis en vertu de l'art. 93, avis que ne peut donner une corporation sans actionnaire contribuant aux écoles séparées.

L'affaire a été étudiée par cinq juges de cette Cour dans une instance spéciale où l'une des questions soulevées était la constitutionnalité de l'art. 93a.

Le juge en chef Fitzpatrick et le juge Anglin, alors juge puîné, ont estimé que l'article était constitutionnel et qu'il s'appliquait à toutes les corporations qui n'avaient pas donné avis en vertu de l'art. 93. Le juge Idington a jugé l'article inconstitutionnel. Le juge Davies et le juge Duff, alors juge puîné, n'ont pas abordé la question constitutionnelle, mais ont jugé que l'article ne s'appliquait pas à une corporation qui, faute d'actionnaires contribuant aux écoles séparées, ne pouvait donner l'avis prévu à l'art. 93.

The provisions of s. 63 of *The School Act* can be distinguished from s. 93a of the Saskatchewan Act in two respects. In the first place, the wording of the Saskatchewan Act refers to a company "failing" to give a notice as provided in s. 93. This connotes that the corporation has not done something which it was able to do. The Alberta Act does not refer to a failure, but to the fact that a notice has not been given.

In the second place, and more important, is the inclusion in s. 63 of subs. (4). No such provision was contained in s. 93a. Subsection (4) was added to the predecessor of s. 63 by s. 19 of c. 52, Alberta Statutes 1955. It was obviously enacted to meet the difficulty which had previously existed, and which existed under s. 93a, that a notice by the separate school board on a corporation under s. 63 would continue in effect thereafter because the corporation could not file a notice under s. 60, which was the only way of bringing the operation of the school board notice to an end.

Subsection (4) enables a corporation served with a s. 63 notice to bring it to an end if it serves a statement, under the corporate seal, that all of its shareholders are of the same religious faith as the electors of the public school district. The wording of the subsection is significant in that it provides that if such a statement is served "the notice of the board of the separate school district under subsection (1) is not effective with respect to any subsequent year". The clear implication is that, in the absence of a statement by the corporation under subs. (4), the separate school board notice under subs. (1) is effective even in respect of a corporation all of whose shareholders are of the same religious faith as the electors of the public school district. (By virtue of s. 2(e) and s. 53 of *The School Act* "electors of the public school district" refers to all electors other than those who are separate school supporters.)

In the result, I would affirm the conclusions of the Appellate Division on this issue.

Les dispositions de l'art. 63 de *The School Act* peuvent être distinguées de l'art. 93a de la Loi de la Saskatchewan à deux égards. En premier lieu, la Loi de la Saskatchewan se réfère à une corporation qui «omet» de donner l'avis prévu à l'art. 93. Cela implique que la corporation n'a pas fait quelque chose qu'elle était habilitée à faire. La Loi de l'Alberta ne parle pas d'omission, mais du fait qu'un avis n'a pas été donné.

En second lieu, et surtout, il y a l'inclusion du par. (4) dans l'art. 63. Pareille disposition n'existait pas dans l'art. 93a. Le paragraphe (4) a été ajouté au texte antérieur de l'art. 63 par l'art. 19 du c. 52 des Lois de l'Alberta de 1955. Il a été manifestement édicté pour résoudre une difficulté qui existait antérieurement, et qui existait aussi avec l'art. 93a, à savoir qu'un avis donné à une corporation par le conseil des écoles séparées demeurerait indéfiniment en vigueur puisque celle-ci ne pouvait déposer un avis en vertu de l'art. 60, ce qui était la seule façon de mettre fin aux effets de l'avis du conseil scolaire.

Le paragraphe (4) permet à une corporation, à laquelle un avis de l'art. 63 a été signifié, d'y mettre un terme en signifiant une déclaration, portant son sceau, selon laquelle tous ses actionnaires appartiennent à la même confession que les électeurs de l'arrondissement d'écoles publiques. La rédaction du paragraphe est significative, puisqu'elle prévoit que, si une telle déclaration est signifiée, [TRADUCTION] «l'avis du conseil de l'arrondissement d'écoles séparées donné en vertu du paragraphe (1) est sans effet pour toute année subséquente». Il en résulte clairement qu'en l'absence de déclaration de la corporation en vertu du par. (4), l'avis d'un conseil d'écoles séparées en vertu du par. (1) produit ses effets même à l'égard d'une corporation dont tous les actionnaires appartiennent à la même confession que les électeurs de l'arrondissement d'écoles publiques. (En vertu des art. 2e) et 53 de *The School Act*, il faut entendre par «électeurs de l'arrondissement d'écoles publiques» tous les électeurs à l'exception de ceux qui contribuent aux écoles séparées.)

En conséquence, je suis d'avis de confirmer les conclusions de la Division d'appel sur ce point.

Constitutional Issue

The respondent contended that s. 45(1) of *The Municipal Taxation Act* could not give to the Court of Revision the jurisdiction to hear and determine the appellant's complaints under ss. 60 and 63 of *The School Act* because in that event it would be exercising the powers of a Superior, District or County Court contrary to s. 96 of the *British North America Act*. The Attorneys General of Canada, Nova Scotia and Alberta intervened on this issue. The position of the Attorney General of Canada was that no constitutional issue arose in this case because the Court of Revision, under *The Municipal Taxation Act* and *The School Act*, did not have the jurisdiction to deal with the appellant's complaints. The Attorneys General of Nova Scotia and Alberta contested the respondent's submission.

In support of his submission, counsel for the respondent cited a number of cases concerned with the powers of the Ontario Municipal Board. The most recent of these decisions was that of this Court in *City of Toronto v. Olympia Edward Recreation Club Ltd.*⁶, which held, in a case which raised the issue as to whether the respondent's bowling alley formed part of the real estate as defined by *The Assessment Act*, R.S.O. 1950, c. 24, and was, therefore, assessable, that this was a question of law which the Ontario Municipal Board did not have the power to decide. Counsel contends that the cases cited are authority for the proposition that judicial authority cannot be given to a provincial tribunal so as to purport to constitute it a court of justice analogous to a Superior, District or County Court. He contends that to find a jurisdiction in the Court of Revision to deal with the matters raised in the appellant's complaints in respect of notices given under s. 60 of *The School Act* would be contrary to this principle.

The cases cited must be considered in the light of subsequent decisions in respect of the application of s. 96 of the *British North America Act*. The most recent case dealing with this matter is *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*,

⁶ [1955] S.C.R. 454.

Question constitutionnelle

L'intimé a prétendu que le par. 45(1) de *The Municipal Taxation Act* ne peut permettre à la Cour de révision de connaître des plaintes de l'appelant en vertu des art. 60 et 63 de *The School Act*, parce qu'elle exercerait alors les pouvoirs d'une cour supérieure, de district ou de comté, contrairement à l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Les procureurs généraux du Canada, de la Nouvelle-Écosse et de l'Alberta sont intervenus sur ce point. Le procureur général du Canada a conclu à l'absence de question constitutionnelle dans cette affaire parce que la Cour de révision, en vertu de *The Municipal Taxation Act* et de *The School Act*, ne peut connaître des plaintes de l'appelant. Les procureurs généraux de la Nouvelle-Écosse et de l'Alberta ont contesté la prétention de l'intimé.

A l'appui de sa prétention, l'avocat de l'intimé a cité un certain nombre d'affaires concernant les pouvoirs de la Commission municipale de l'Ontario. La décision la plus récente a été rendue par cette Cour dans l'affaire *City of Toronto c. Olympia Edward Recreation Club Ltd.*⁶, il s'agissait de savoir si l'allée de quilles de l'intimée faisait partie des immeubles tels que les définit l'*Assessment Act*, R.S.O. 1950, c. 24, et était donc assujettie à l'évaluation. Il a été jugé que c'était là une question de droit que la Commission municipale de l'Ontario n'avait pas le pouvoir de trancher. L'avocat prétend que les arrêts cités l'autorisent à affirmer qu'on ne peut conférer des pouvoirs judiciaires à un tribunal provincial au point de constituer en cour de justice analogue à une cour supérieure, de district ou de comté. Il prétend que ce serait aller contre ce principe que de reconnaître à la Cour de révision compétence sur les questions soulevées par les plaintes de l'appelant à l'égard des avis donnés en vertu de l'art. 60 de *The School Act*.

Les affaires citées doivent être envisagées à la lumière des décisions ultérieures relatives à l'application de l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. L'arrêt le plus récent sur cette question est l'arrêt *Tomko c. Labour Relations*

⁶ [1955] R.C.S. 454.

as yet unreported⁷, delivered on December 19, 1975. In that case this Court rejected the contention that certain of the statutory powers given to the Nova Scotia Labour Relations Board were invalid because they were similar to powers which could be exercised by a Superior Court. Chief Justice Laskin stated the governing principle in this way [at p. 120]:

In my opinion, the judgment of the Privy Council in *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd.*, [1949] A.C. 134, and of this Court in *Tremblay v. Commission des Relations de Travail du Québec*, [1967] S.C.R. 697, have properly emphasized what other cases have reflected in their consideration of the force of s. 96 (as for example, *Dupont v. Inglis*, [1958] S.C.R. 535, *Attorney General for Ontario and Display Services Co. Ltd. v. Victoria Medical Building*, [1960] S.C.R. 32, and *Brooks v. Pavlick*, [1964] S.C.R. 108), namely, that it is not the detached jurisdiction or power alone that is to be considered but rather its setting in the institutional arrangements in which it appears and is exercisable under the provincial legislation.

The fact that a provincial tribunal is required to exercise a judicial function does not, of itself, involve a conflict with s. 96. The question is whether that function broadly conforms to the type of jurisdiction exercised by Superior, District or County Courts (*Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd.*⁸).

In my opinion the powers conferred upon the Court of Revision under s. 45(1)(e) of *The Municipal Taxation Act* do not so conform. On the contrary, powers of that kind were exercised by courts of revision prior to the enactment of *The Alberta Act*, 1905 (Can.), c. 3. Thus, s. 11 of *The School Assessment Ordinance*, 1901 North-West Territories Ordinances, c. 30, provided for objections to assessment being made to a justice of the peace. Title XXXI, s. 7 of *The Edmonton Charter*, 1904 North-West Territories Ordinances, c. 19, which established the City of Edmonton, provided:

*Board (Nouvelle-Écosse)*⁷, non encore publié, rendu le 19 décembre 1975. Dans cette affaire, notre Cour a rejeté la prétention selon laquelle certains pouvoirs conférés par la Loi à la Commission des relations du travail de la Nouvelle-Écosse étaient invalides parce qu'ils étaient semblables à ceux que pourrait exercer une cour supérieure. Le juge en chef Laskin a exposé en ces termes le principe en la matière [à la p. 120]:

A mon avis, la décision rendue par le Conseil privé dans *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works Ltd.*, [1949] A.C. 134, et l'arrêt de cette Cour dans *Tremblay c. Commission des Relations de Travail du Québec*, [1967] R.C.S. 697, ont à bon droit renforcé ce qui ressortait d'autres arrêts dans l'examen de l'effet de l'art. 96 (par exemple, *Dupont c. Inglis*, [1958] R.C.S. 535, *Le Procureur général de l'Ontario et Display Services Co. Ltd. c. Victoria Medical Building*, [1960] R.C.S. 32, et *Brooks c. Pavlick*, [1964] R.C.S. 108), à savoir qu'il ne faut pas considérer la juridiction dans l'abstrait ou les pouvoirs en dehors du contexte, mais plutôt la façon dont ils s'imbriquent dans l'ensemble des institutions où ils se situent et s'exercent en vertu de la loi provinciale.

Le fait de demander à un tribunal provincial d'exercer une fonction judiciaire n'entraîne pas en soi un conflit avec l'art. 96. La question est de savoir si cette fonction a une large ressemblance avec le type de compétence qu'exercent les cours supérieures, de district ou de comté (*Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works Ltd.*⁸).

Tel n'est pas le cas, me semble-t-il, pour les pouvoirs conférés à la Cour de révision en vertu de l'al. 45(1)(e) de *The Municipal Taxation Act*. Au contraire, des pouvoirs de cette nature ont été exercés par des cours de révision avant que ne soit passé l'*Acte de l'Alberta*, 1905 (Can.), c. 3. Ainsi, l'art. 11 de *The School Assessment Ordinance*, ordonnances des territoires du Nord-Ouest, 1901, c. 30, prévoyait que l'évaluation pouvait être contestée devant un juge de paix. Le titre XXXI, art. 7 de l'*Edmonton Charter*, ordonnances des territoires du Nord-Ouest, 1904, c. 19, qui a fondé la ville d'Edmonton, disposait que:

⁷ Since reported [1977] 1 S.C.R. 112.

⁸ [1949] A.C. 134.

⁷ Depuis publié [1977] 1 R.C.S. 112.

⁸ [1949] A.C. 134.

7. If any person named in the said roll thinks that he or any other person has been assessed too low or too high or that his name has been wrongly inserted in or omitted from the roll or that any person who should be assessed as a public school supporter has been assessed as a separate school supporter or vice versa he may within the time limited as aforesaid give notice in writing to the secretary-treasurer that he appeals to the commissioners to correct the said error and in such notice he shall give a name and address where notices may be served upon him.

Counsel for the appellant refers to s. 16 of *The Alberta Act*, the effect of which is similar to that of s. 129 of the *British North America Act*:

16. All laws and all orders and regulations made thereunder, so far as they are not inconsistent with anything contained in this Act, or as to which this Act contains no provision intended as a substitute therefor, and all courts of civil and criminal jurisdiction, and all commissions, powers, authorities and functions, and all officers and functionaries, judicial, administrative and ministerial, existing immediately before the coming into force of this Act in the territory hereby established as the province of Alberta, shall continue in the said province as if this Act and The Saskatchewan Act had not been passed; subject, nevertheless, except with respect to such as are enacted by or existing under Acts of the Parliament of Great Britain, or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, to be repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the said province, according to the authority of the Parliament, or of the said Legislature: Provided that all powers, authorities and functions which, under any law, order or regulation were, before the coming into force of this Act, vested in or exercisable by any public officer or functionary of the North-west Territories shall be vested in and exercisable in and for the said province by like public officers and functionaries of the said province when appointed by competent authority.

He also refers to the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Re Metro Toronto & L. J. McGuinness & Co. Ltd.*⁹, in which it was held that the power given to a court of revision to determine questions arising out of the designation of a

⁹ [1960] O.R. 267.

[TRADUCTION] 7. Toute personne, nommée dans ledit rôle, qui pense qu'elle ou une autre personne a été cotisée trop bas ou trop haut ou que son nom a été à tort inséré dans le rôle ou omis de ce dernier ou qu'une personne qui devrait être cotisée comme contribuant aux écoles publiques l'a été comme contribuant aux écoles séparées ou inversement, peut, dans les délais susdits, aviser par écrit le secrétaire-trésorier qu'elle fait appel aux commissaires pour que soit corrigée ladite erreur et, dans cet avis, elle doit fournir un nom et une adresse où les avis puissent lui être signifiés.

L'avocat de l'appelant se réfère à l'art. 16 de l'*Acte de l'Alberta*, dont l'effet est semblable à celui de l'art. 129 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*:

16. Toutes les lois et les ordonnances et tous les règlements établis sous leur autorité, en tant qu'ils ne dérogent à aucune disposition de la présente loi ou en ce que la présente loi ne contient pas de disposition destinée à leur être substituée, et tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle et les commissions, les pouvoirs, autorités et fonctions, et tous les officiers et fonctionnaires judiciaires, administratifs et ministériels existant immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente loi dans le territoire qu'elle constitue en province, continueront d'exister dans la province d'Alberta comme si la présente loi et l'Acte de la Saskatchewan n'eussent pas été rendus; sauf, toutefois (à l'exception de ce qui a été édicté par actes du parlement de la Grande-Bretagne et du parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et de ce qui existe en vertu de ces actes), abrogation, abolition ou modification par le parlement du Canada ou par la législature de la dite province dans l'exercice de l'autorité qu'a le Parlement ou la dite législature. Mais tous les pouvoirs, autorités, et fonctions dont, en vertu d'une loi, d'une ordonnance ou d'un règlement, un officier ou fonctionnaire public des territoires du Nord-Ouest avait l'attribution et qu'il pouvait exercer avant l'entrée en vigueur de la présente loi, continueront d'être attribués à pareils officiers ou fonctionnaires publics de la dite province nommés par l'autorité compétente et peuvent être exercés par eux dans et pour la dite province.

Il se réfère également au jugement rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Re Metro Toronto & L. J. McGuinness & Co. Ltd.*⁹, dans laquelle il a été jugé que le pouvoir donné à une cour de révision de trancher les questions relatives

⁹ [1960] O.R. 267.

ratepayer as a public or separate school supporter was in the nature of a valid extension of the scope of the jurisdiction of courts of revision existing at confederation.

In my opinion the powers given to the Court of Revision under s. 45(1)(e) of *The Municipal Taxation Act* do not involve any conflict with s. 96 of the *British North America Act*.

Section 17 of The Alberta Act

The respondent's final submission is based upon s. 17 of *The Alberta Act*. That section made applicable, in Alberta, the provisions of s. 93 of the *British North America Act*, which enable the provinces to legislate in relation to education. Section 17 substituted, in Alberta, the following provision in place of para. (1) of s. 93:

(1) Nothing in any such law shall prejudicially affect any right or privilege with respect to separate schools which any class of persons have at the date of the passing of this Act, under the terms of chapters 29 and 30 of the Ordinances of the Northwest Territories, passed in the year 1901, or with respect to religious instruction in any public or separate school as provided for in the said ordinances.

Chapter 30 of the North-West Territories Ordinances, 1901, was *The School Assessment Ordinance*, and s. 9, dealing with rural districts, and s. 93, dealing with village and town districts, permitted a company to require part of its property to be assessed for separate school purposes, but subject to limitations similar to those contained in s. 60 of *The School Act*. Unlike s. 60, subs. (2) of each of these sections stated that "Any such notice given in pursuance of a resolution in that behalf of the directors of the company shall for all purposes be deemed to be sufficient . . .".

The respondent's position is that any subsequent legislation by the Legislature of Alberta which would permit a challenge to the company's apportionment would be in breach of s. 17(1) of *The Alberta Act*.

I do not accept this contention. Section 17(1) refers to a "right or privilege with respect to

à la désignation d'un contribuable comme contribuant aux écoles publiques ou séparées constituait une extension valide de la portée de la compétence des cours de révision existant lors de la confédération.

A mon avis, les pouvoirs conférés à la Cour de révision en vertu de l'al. 45(1)e de *The Municipal Taxation Act* n'entrent pas en conflit avec l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Article 17 de l'Acte de l'Alberta

La dernière prétention de l'intimé est fondée sur l'art. 17 de l'*Acte de l'Alberta*. Cet article a rendu applicables en Alberta les dispositions de l'art. 93 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui habilite les provinces à légiférer en matière d'éducation. L'article 17 a substitué en Alberta la disposition suivante au par. (1) de l'art. 93:

(1) Rien dans ces lois ne préjudiciera à aucun droit ou privilège dont jouit aucune classe de personnes en matière d'écoles séparées à la date de la présente loi aux termes des chapitres 29 et 30 des ordonnances des territoires du Nord-Ouest rendues en l'année 1901, ou au sujet de l'instruction religieuse dans toute école publique ou séparée ainsi que prévu dans lesdites ordonnances.

Le chapitre 30 des ordonnances des territoires du Nord-Ouest était *The School Assessment Ordinance* et l'art. 9, portant sur les arrondissements ruraux, ainsi que l'art. 93 portant sur les arrondissements urbains, permettaient à une corporation de demander qu'une partie de ses immeubles soit imposée au bénéfice des écoles séparées, mais dans des limites semblables à celles de l'art. 60 de *The School Act*. A la différence de l'art. 60, le par. (2) de chacun de ces articles disposait que [TRADUCTION] «Tout avis ainsi donné conformément à une résolution à cette fin des administrateurs de la corporation sera suffisant à tous égards . . .».

La thèse de l'intimé est que toute loi ultérieure de la Législature de l'Alberta qui autoriserait une remise en question de la répartition des taxes de la corporation constituerait une violation du par. 17(1) de l'*Acte de l'Alberta*.

Je ne puis accueillir cette prétention. Le paragraphe 17(1) se réfère à un «droit ou privilège dont

separate schools which any class of persons have ...". The right or privilege which companies had under ss. 9 and 93 of the Ordinance was to allocate the assessment of part of their property for separate school purposes, but only in proportion to the number of shares held by shareholders who were Roman Catholics as compared to the total of all shareholdings. The right of a company was no greater than that. Assuming that, under the Ordinance, the company's notice was final and beyond challenge (which I do not necessarily accept), none the less, a provision which enables the apportionment to be challenged does not in any way diminish the right to apportion. Section 17(1) did not guarantee the right to make a false apportionment.

In the result, I would allow the appeal in part and would vary the judgment of the Appellate Division by setting aside the order of prohibition in so far as it relates to complaints made by the appellant in respect of notices given by corporations pursuant to s. 60 of *The School Act*. The appellant should have his costs against the respondent Board in this Court and in the Courts below. The respondent's cross-appeal is dismissed with costs. No costs should be paid by or to any of the intervenants.

Appeal allowed in part with costs; cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Parlee, Irving, Henning, Mustard & Rodney, Edmonton.

Solicitors for the respondent Board: Bishop & McKenzie, Edmonton.

jouit aucune classe de personnes en matière d'écoles séparées . . . ». Le droit ou privilège que possédaient les corporations en vertu des art. 9 et 93 de l'ordonnance était d'affecter l'évaluation d'une partie de leurs immeubles aux écoles séparées, mais seulement dans la proportion du nombre d'actions détenues par des actionnaires catholiques par rapport au total de toutes les actions détenues. Le droit d'une corporation n'allait pas au-delà. A supposer qu'en vertu de l'ordonnance, l'avis de la corporation fût final et à l'abri de toute contestation (ce que je n'admets pas nécessairement), une disposition qui autorise la contestation de la répartition ne diminue néanmoins en aucune façon le droit de répartition. Le paragraphe 17(1) ne garantit pas le droit de faire une fausse répartition.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de modifier l'arrêt de la Division d'appel en cassant l'ordonnance de prohibition dans la mesure où elle se rapporte à des plaintes présentées par l'appelant relatives à des avis donnés par des corporations conformément à l'art. 60 de *The School Act*. Le Conseil intimé est condamné aux dépens en faveur de l'appelant devant cette Cour et les cours d'instance inférieure. Le pourvoi incident de l'intimé est rejeté avec dépens. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre les intervenants.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens; pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Parlee, Irving, Henning, Mustard & Rodney, Edmonton.

Procureurs de l'intimé, The Board of Trustees of Edmonton Catholic School District Number 7: Bishop & McKenzie, Edmonton.

Ackland Davey et al. (*Defendants*)
Appellants;

and

Richard Isaac et al. (*Plaintiffs*) *Respondents*.

1976: October 25, 26; 1977: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Indians — Land governed by elected chiefs — Hereditary chiefs obstructing use of council house — Injunction to prevent obstruction — Validity of elective system — The Indian Act, 1951 (Can.), c. 29, ss. 2, 73 — Order in Council, P.C. 6015, November 12, 1951.

Respondents constituted the elected council of the Six Nations Indian Band. Appellants, also members of the same Band of Indians, were advocates of a form of government other than that obtaining under *The Indian Act* and in particular a return of the former system of government by persons referred to as "Hereditary Chiefs". On the instructions of the Hereditary Chiefs the Council House on the reserve was padlocked as part of an effort to achieve control by the Hereditary Chiefs of conveyances of land on the reserve. The elected council sought a permanent injunction restraining the defendants and any persons under their instructions from obstructing or interfering with the lawful use of the Council House by the plaintiffs, their servants, agents; employees or any other person. The action was dismissed at trial but allowed by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed. Appellants' essential submission was against the validity of the Orders in Council which had provided for the selection of the Council of the Band by elections in accordance with *The Indian Act*. The authority for the Order in question, P.C. 6015, was s. 73 of *The Indian Act*, 1951 (Can.), c. 29 (consolidated as R.S.C. 1952, c. 149, s. 73 and R.S.C. 1970, c. I-6, s. 74) which provided that "whenever he deems it advisable for the good government of a band, the Governor in Council may declare by Order that—the council of the band—shall be selected by elections to be held in accordance with this Act". Appellants contended that the Six Nations Indians did not constitute "a band" within the definition of s. 2(1)(a) of the Act. However as there was clear evidence,

Ackland Davey et autres (*Défendeurs*)
Appellants;

et

Richard Isaac et autres (*Demandeurs*)
Intimés.

1976: les 25 et 26 octobre; 1977: le 31 mai.

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

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

Indiens — Terre administrée par des chefs élus — Chefs héréditaires empêchant l'utilisation du siège du Conseil — Injonction visant à interdire que l'on en gêne l'accès — Validité du système électif — Loi sur les Indiens, 1951 (Can.), c. 29, art. 2, 73 — Décret du Conseil, P.C. 6015, du 12 novembre 1951.

Les intimés formaient le Conseil élu de la bande indienne des Six-Nations. Les appelants, également membres de la même bande, préconisaient une autre forme d'administration que celle prévue par la *Loi sur les Indiens* et, notamment, un retour à l'ancien système gouvernemental, qui avait à sa tête des personnes appelées les «chefs héréditaires». Sur les instructions des chefs héréditaires, le siège du Conseil a été cadenassé comme partie d'un plan visant à faire contrôler par les chefs héréditaires tout transfert de biens-fonds sur la réserve. Le Conseil élu a demandé une injonction définitive interdisant aux défendeurs et à toute personne sous leurs ordres d'empêcher ou de gêner l'utilisation légale du siège du Conseil par les demandeurs, leurs représentants, agents, employés ou par toute autre personne. L'action a été rejetée en première instance mais a été accueillie par la Cour d'appel.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté. Les appelants ont invoqué essentiellement l'invalidité des décrets du Conseil prévoyant le mode d'élection du Conseil de la bande en conformité de la *Loi sur les Indiens*. Le décret en question, C.P. 6015, a été édicté en vertu de l'art. 73 de la *Loi sur les Indiens*, 1951 (Can.), c. 29 (codifiés dans S.R.C. 1952, c. 149, art. 73 et S.R.C. 1970, c. I-6, art. 74). Ces articles prévoient que «lorsqu'il le juge utile à la bonne administration d'une bande, le gouverneur en conseil peut déclarer par arrêté—que le conseil d'une bande—sera formé au moyen d'élections tenues selon la présente loi». Les appelants ont soutenu que les Indiens de la bande des Six-Nations ne constituaient pas une «bande» selon la définition de l'al. 2(1)a) de la Loi. Toutefois, comme il a été clairement prouvé par les

introduced by the appellants, that moneys are held by the Crown for the use and benefit of the Indians of the Six Nations, the validity of the Order could be founded on s. 2(1)(a)(ii) of the Act alone: 'A "band" means a body of Indians for whose use and benefit in common moneys are held by His Majesty'. While there was no evidence that at the time of the passage of the Act of 1951 these moneys were held by the Crown, in the absence of evidence to the contrary it appeared from "Indian Treaties and Surrenders", vol. I, Queen's Printer, 1891, and particularly from a copy of an indenture therein between the "Sachems or Chiefs and Principal Men of The Six Nations Indians" and William IV, that the trust fund must have arisen before Confederation and well before the enactments of the Orders in Council. In any event when the Order, P.C. 6015 was produced and, by consent, made an exhibit at trial there was a presumption as to its validity and the onus rested on appellants to prove that it was invalid. If appellants sought to rely on the non-existence of a fund administered by the Crown it was for them to plead the fact and to establish it in evidence. Any difficulty that may have arisen by the question as to whether there is a "reserve" unless the title to the land is in the Crown is overcome by s. 36 of the Act.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ allowing an appeal from a judgment of Osler J.² at trial dismissing an application for an injunction. Appeal dismissed.

John Sopinka, Q.C., and Allan Millward, for the appellants.

B. H. Kellock, Q.C., and P. R. Corless, for the respondents.

G. W. Ainslie, Q.C., and L. R. Olsson, Q.C., for the Attorney General of Canada.

Paul Williams, for the Union of Ontario Indians.

Bruce Clark, for Gary Potts et al.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—This appeal is concerned with an action brought by the respondents as plaintiffs

appelants que la Couronne détenait des fonds à l'usage et au profit des Indiens des Six-Nations, la validité du décret pouvait être établie en vertu du seul sous-al. 2(1)a(ii) qui prévoit que: «Le mot «bande» signifie un groupe d'Indiens à l'usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d'argent». Bien qu'il n'y eût pas de preuves qu'à l'époque de la promulgation de la Loi de 1951, ces sommes d'argent étaient détenues par la Couronne, en l'absence d'une preuve contraire, il résultait du volume I, du document intitulé «Indian Treaties and Surrenders», publié par l'Imprimeur de la Reine en 1891, et plus particulièrement de la copie d'un contrat synallagmatique conclu entre les «Sachems ou chefs et les anciens des Indiens des Six-Nations» et le roi Guillaume IV, que la constitution du fonds était antérieure à la Confédération et bien antérieure à la date de promulgation des décrets du Conseil. Quoi qu'il en soit, lorsque le décret C.P. 6015 a été produit et a été, sur consentement, déposé au dossier, il était présumé valide et il incombait aux appelants d'apporter la preuve de son invalidité. Si les appelants voulaient fonder leur argumentation sur la non-existence d'un fonds administré par la Couronne, il leur incombait de plaider ce fait et de le prouver. Toute difficulté qui a pu résulter de la question de savoir s'il y a une «réserve» quand le titre sur les bien-fonds n'est pas dévolu à la Couronne, est réglé par l'art. 36 de la Loi.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ accueillant un appel interjeté contre le rejet par le juge Osler², en première instance, d'une demande d'injonction. Pourvoi rejeté.

John Sopinka, c.r., et Allan Millward, pour les appelants.

B. H. Kellock, c.r., et P. R. Corless, pour les intimés.

G. W. Ainslie, c.r., et L. R. Olsson, c.r., pour le procureur général du Canada.

Paul Williams, pour l'Union of Ontario Indians.

Bruce Clark, pour Gary Potts et autres.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Ce pourvoi porte sur une action intentée par les intimés, demandeurs en

¹ (1974), 5 O.R. (2d) 610.

² [1973] 3 O.R. 677.

¹ (1974), 5 O.R. (2d) 610.

² [1973] 3 O.R. 677.

against the appellants as defendants for an order for a permanent injunction. The facts giving rise to the action are stated in the judgment at trial of Osler J. whose reasons for judgment have been reported in [1973] 3 O.R. at p. 677. They are as follows:

This action was commenced . . . by the plaintiffs who then constituted the elected council of the Six Nations Band within the meaning of the Indian Act. They sued on behalf of themselves and all other members of the Six Nations Band except the defendants.

The defendants are adherents of a group of Indians, members of the Six Nations Band, who advocate a form of government other than that obtaining under the Indian Act and in particular, a return of the former system of government by persons referred to as "Hereditary Chiefs".

The relief claimed in the action is a permanent injunction restraining the defendants and any persons acting under their instructions from watching or besetting at or adjacent to the Council House in the Village of Ohsweken on the Six Nations Reserve, from obstructing or interfering with the plaintiffs or any other persons seeking entrance to or exit from the Council House and from obstructing or interfering with the lawful use of the Council House by the plaintiffs, their servants, agents, employees or any other person.

By admission filed as exhibit no. 4, it is established that the doors of the Council House were padlocked during the period between June 25th, 1970 and July 10th, 1970 and between July 12th, 1970 and July 16th, 1970 by or on the express instructions of the defendants other than Joseph Logan and that the said defendants attended upon the Council House grounds and encouraged other Indians to attend upon the Council House grounds during that period. Such acts were carried out for the purpose of denying to the plaintiff the use of the Council House and the defendants other than Joseph Logan offered to refrain from such acts provided that an arrangement was made whereby the Confederacy Council, being the group to which I have already referred as the "Hereditary Chiefs", be allowed to control all conveyances of land upon the lands commonly known as the Six Nations Reserve.

Joseph Logan does not admit responsibility for the acts described but on the evidence, I find that by virtue of his concurrence in a resolution passed by the council meeting of the Hereditary Chiefs on June 25th, he must

première instance, contre les appelants, défendeurs en première instance, en vue d'obtenir une injonction définitive. Les faits à l'origine de l'action sont exposés comme suit dans les motifs de jugement de première instance du juge Osler, publiés à [1973] 3 O.R. à la p. 677:

[TRADUCTION] Cette action a été introduite . . . par les demandeurs qui formaient alors le Conseil élu de la bande indienne des Six-Nations, au sens de la Loi sur les Indiens. Ils ont intenté cette action en leurs noms et au nom de tous les autres membres de la bande des Six-Nations, à l'exception des défendeurs.

Les défendeurs font partie d'un groupe d'Indiens, membres de la bande des Six-Nations, qui préconise une autre forme d'administration que celle prévue par la Loi sur les Indiens et notamment un retour à l'ancien système gouvernemental qui avait à sa tête des personnes appelées les «chefs héréditaires».

On demande une injonction définitive interdisant aux défendeurs et à toute personne sous leurs ordres de cerner ou de surveiller le siège du Conseil du village de Ohsweken sur la réserve des Six-Nations ou ses alentours, d'empêcher ou de gêner l'accès des demandeurs ou de toute autre personne à ces lieux et d'empêcher ou de gêner l'utilisation légale de ces lieux par les demandeurs, leurs représentants, agents, employés ou par toute autre personne.

Dans une reconnaissance de faits déposée comme pièce n° 4, il est établi que les défendeurs, à l'exception de Joseph Logan, ont cadenassé, ou ont donné l'ordre de cadenasser, les portes du siège du Conseil qui ont ainsi été fermées du 25 juin 1970 au 10 juillet 1970 et du 12 juillet 1970 au 16 juillet 1970 et que lesdits défendeurs ont occupé lesdits lieux et ont encouragé d'autres Indiens à en faire autant pendant lesdites périodes. Ces actes visaient à empêcher les demandeurs d'utiliser le siège du Conseil; les défendeurs, à l'exception de Joseph Logan, ont proposé de ne plus se livrer à ces actes, à la condition que l'on parvienne à une entente permettant au Conseil confédératif, soit le groupe des chefs héréditaires que j'ai déjà mentionné, de contrôler tout transfert des biens-fonds communément appelés réserve des Six-Nations.

Joseph Logan n'admet aucune responsabilité pour les actes décrits ci-dessus mais, d'après la preuve, je conclus que puisqu'il a souscrit à la résolution adoptée à la réunion du Conseil des chefs héréditaires tenue le 25

be held responsible and is equally liable to be enjoined if judgment is to go against the other defendants.

The action was dismissed at trial but the judgment was reversed by the Court of Appeal, whose reasons are reported in 5 O.R. (2d) (1975) at p. 610.

When the appeal to this Court was heard some of the points raised by the appellants and discussed in the courts below were abandoned. The appellants' essential submission to this Court was that the orders in council which had provided for the selection of the Council of the Six Nations Indian Band by elections in accordance with *The Indian Act* were invalid. These orders in council are P.C. 1629 made on September 17, 1924, and P.C. 6015 made on November 12, 1951. The earlier order was revoked by the later order, which was to the same effect. We are, therefore, concerned with P.C. 6015. It reads as follows:

His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration and pursuant to the powers conferred by section seventy-three of *The Indian Act*, is pleased to order as follows:

1. It is hereby declared that after the fifteenth day of November, 1951, the Council of the Six Nations Indian Band in the Province of Ontario, consisting of a Chief and Councillors, shall be selected by elections to be held in accordance with *The Indian Act*;
2. The Chief of the said Indian Band shall be elected by a majority of the votes of the electors of the Band, and the Councillors of the said Indian Band shall be elected by a majority of the votes of the electors of the section in which the candidate for election resides and which he proposes to represent on the Council;
3. The Reserve of the said Six Nations Indian Band shall for voting purposes be divided into six electoral sections, each containing as nearly as may be an equal number of Indians eligible to vote; two councillors shall be elected to represent each of the said sections; and the said electoral sections shall be as set forth on a map of the Reserve marked "32/3-5 Electoral Sections—Tuscarora Indian Reserve" dated October 29, 1951, of record in the Indian Affairs Branch of the Department of Citizenship and Immigration;

juin, il doit être tenu responsable au même titre que les autres défendeurs, si jugement est rendu contre eux.

L'action a été rejetée en première instance, mais la Cour d'appel, dont les motifs sont publiés à 5 O.R. (2d) (1975) à la p. 610, a infirmé ce jugement.

A l'audition du pourvoi par la présente Cour, les appelants ont abandonné certains de leurs arguments plaidés devant les tribunaux d'instance inférieure. Ils invoquent essentiellement devant cette Cour l'invalidité des décrets du Conseil prévoyant le mode d'élection du Conseil de la bande indienne des Six-Nations en conformité de la *Loi sur les Indiens*. Il s'agit en l'espèce des décrets C.P. 1629, du 17 septembre 1924 et C.P. 6015, du 12 novembre 1951. Le premier décret a été révoqué par le second, qui avait le même effet. Il suffit donc d'examiner le décret C.P. 6015 dont voici le texte:

Sur avis conforme du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et en vertu des pouvoirs conférés par l'article soixante-treize de la *Loi sur les Indiens*, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil de rendre le décret suivant:

1. Le présent décret déclare qu'après le quinzième jour de novembre 1951, le Conseil de la bande indienne des Six-Nations dans la province d'Ontario, lequel se compose d'un chef et de conseillers, sera choisi au moyen d'élections tenues en conformité de la *Loi sur les Indiens*.
2. Le chef de ladite bande indienne sera élu par la majorité des votes des électeurs de la bande, et les conseillers de ladite bande indienne seront élus par la majorité des votes des électeurs de la section dans laquelle réside le candidat à l'élection et dont il se propose d'être le représentant dans le Conseil.
3. Pour les fins de votation, la réserve de ladite bande indienne des Six-Nations sera divisée en six sections électorales, chacune renfermant autant que possible un nombre égal d'Indiens admis à voter. Deux conseillers seront élus pour représenter chacune desdites sections; et les sections électorales en question devront être conformes aux indications apparaissant sur une carte de la réserve marquée «32/3-5 Sections électorales—Réserve indienne Tuscarora», datée du 29 octobre 1951 et déposée aux archives de la Division des Affaires indiennes au ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration.

4. Order in Council P.C. 1629 of 17th September 1924, relating to elections to the Council of the Six Nations Band of Indians, is hereby revoked.

The authority for making this order is stated in it to be s. 73 of *The Indian Act*, which was enacted in 1951 as c. 29. It provided as follows:

73. (1) Whenever he deems it advisable for the good government of a band, the Governor in Council may declare by order that after a day to be named therein the council of the band, consisting of a chief and councillors, shall be selected by elections to be held in accordance with this Act.

The appellants contend that the Governor in Council lacked authority to enact P.C. 6015 because the Six Nations Indians did not constitute a "band" within the definition of that word in s. 2(1)(a) of *The Indian Act*, which provided as follows:

2. (1) In this Act,

(a) "band" means a body of Indians

(i) for whose use and benefit in common, lands, the legal title to which is vested in His Majesty, have been set apart before or after the coming into force of this Act,

(ii) for whose use and benefit in common, moneys are held by His Majesty, or

(iii) declared by the Governor in Council to be a band for the purposes of this Act;

The word "reserve" is defined in s. 2(1)(o) of the Act as meaning "a tract of land, the legal title to which is vested in His Majesty, that has been set apart by His Majesty for the use and benefit of a band".

The main issue at trial and on the argument before the Court of Appeal was in respect of para. (i), the contention of the appellants being that legal title to the lands occupied by the Six Nations was not vested in the Crown because the patent of the Grand River lands to the Six Nations executed by Governor Simcoe, in the name of George III on January 14, 1793, was effective to pass title to the lands to all members of the Six Nations Band in fee simple. This submission was accepted by the judge at trial. His conclusion was, however, reversed by the Court of Appeal, which held that the tract of land in question was still vested in the

4. Est par les présentes révoqué le décret C.P. 1629 du 17 septembre 1924 relatif aux élections du Conseil de la bande indienne des Six-Nations.

Ce décret a été édicté en vertu de l'art. 73 de la *Loi sur les Indiens*, promulguée en 1951 (c. 29 des Statuts). Cet article prévoit:

73. (1) Lorsqu'il le juge utile à la bonne administration d'une bande, le gouverneur en conseil peut déclarer par arrêté qu'à compter d'un jour y désigné le conseil d'une bande, comprenant un chef et des conseillers, sera formé au moyen d'élections tenues selon la présente loi.

Les appelants soutiennent que le gouverneur en conseil n'avait pas le pouvoir d'édicter le décret C.P. 6015 parce que les Indiens de la bande des Six-Nations ne constituent pas une «bande» au sens de la définition de ce mot à l'al. 2(1)a) de la *Loi sur les Indiens*, qui dispose:

2. (1) Dans la présente loi, l'expression

a) «bande» signifie un groupe d'Indiens,

(i) à l'usage et au profit communs desquels, des terres, dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté, ont été mises de côté avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi,

(ii) à l'usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d'argent, ou

(iii) que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande aux fins de la présente loi;

Aux termes de l'al. 2(1)o) de la Loi, le mot «réserve» signifie «une parcelle de terrain dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté et qu'Elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande».

En première instance et en Cour d'appel, la principale question portait sur le sous-al. (i); les appelants soutiennent que le titre juridique des terres occupées par la bande des Six-Nations n'a pas été attribué à la Couronne parce que la concession des terres de la Grande Rivière, accordée par le gouverneur Simcoe au nom de George III le 14 janvier 1793, conférait la pleine propriété des terres à tous les membres de la bande indienne des Six-Nations. Le juge de première instance a retenu cet argument. La Cour d'appel a cependant infirmé son jugement et a conclu que les terres en question appartiennent toujours à Sa Majesté, sous

Crown subject to the exercise of traditional Indian rights.

Without wishing to cast any doubt on the conclusion reached by the Court of Appeal I do not think it is necessary in the present case to make a final decision on the matter of title to the lands because, in my opinion, the validity of P.C. 6015 can be founded on para. (ii) of s. 2(1)(a) which provides that a "band" means a body of Indians "for whose use and benefit in common, moneys are held by His Majesty".

The statement of defence of the defendant Logan admitted that "the plaintiffs are an elected council of the Six Nations Band elected pursuant to *The Indian Act* by sections 73, 74, 75, 76, 77, 78 and 79". The statement of defence of the other defendants contained the following paragraph:

11. By virtue of the sale of certain lands belonging to the Six Nations Indians to the British Government and by virtue of the sale of certain mineral, oil, gas and timber rights on Indian Reserves, a trust fund was set up for the benefit of the Six Nations Indians of the proceeds of the above-mentioned sales, with the Federal Government of Canada acting as Trustee. To date the Six Nations Indians have never received an accounting by the Federal Government of Canada with respect to the use of these trust funds.

The appellants introduced into evidence, as a part of their case, questions and answers from the examination for discovery of the respondent, Isaac, who was examined on behalf of all the respondents. The following question was put to Mr. Isaac by counsel for the appellants and his reply follows:

Mr. Isaac, I understand that certain funds are held in trust for the Six Nations Indians by the Federal Government, is that correct?

Yes.

Similar evidence was given, on cross-examination, by the respondent Staats.

There is thus clear evidence, introduced by the appellants, that moneys are held by the Crown for the use and benefit of the Indians of the Six Nations. The trial judge dealt with this issue in the following passage in his reasons for judgment:

réserve de l'exercice par les Indiens de leurs droits traditionnels.

Sans vouloir jeter un doute sur la conclusion de la Cour d'appel, je ne pense pas qu'il soit nécessaire de trancher de façon définitive la question du droit de propriété des terres parce que, à mon avis, le décret C.P. 6015 pouvait valablement être établi en vertu du sous-al. 2(1)a(ii) qui prévoit que le mot «bande» signifie un groupe d'Indiens «à l'usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d'argent».

Logan admet dans sa défense que [TRADUCTION] «les demandeurs forment le Conseil de la bande indienne des Six-Nations, élu en conformité des articles 73, 74, 75, 76, 77, 78 et 79 de la *Loi sur les Indiens*». La défense produite par les autres défendeurs contient le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] 11. En vertu de la vente au gouvernement britannique de certaines terres appartenant aux Indiens des Six-Nations et en vertu de la vente de certains droits sur les minerais, le pétrole, le gaz et l'exploitation forestière dans les réserves indiennes, un fonds de fiducie a été créé pour détenir le produit desdites ventes au profit des Indiens des Six-Nations, le gouvernement du Canada en étant fiduciaire. A ce jour, le gouvernement du Canada n'a jamais rendu compte aux Indiens des Six-Nations de l'utilisation de ces fonds en fiducie.

Les appelants ont produit en preuve, à l'appui de leur argumentation, les questions et réponses de l'interrogatoire préalable de l'intimé Isaac, interrogé au nom de tous les défendeurs. Voici la question posée par l'avocat des appelants à M. Isaac et la réponse de ce dernier:

[TRADUCTION] M. Isaac, le gouvernement du Canada détient-il en fiducie certains fonds, au profit des Indiens des Six-Nations?

Oui.

Le témoignage de l'intimé Staats en contre-interrogatoire, est au même effet.

La preuve produite par les appelants indique donc clairement que la Couronne détient effectivement des sommes d'argent à l'usage et au profit des Indiens des Six-Nations. Le juge de première instance a traité de cette question dans l'extrait suivant de ses motifs de jugement:

... For reasons already given, the Six Nations group of Indians do not comprise a band by virtue of their landholdings, there is no evidence that at the time of the passage of the Indian Act of 1951 moneys were held by Her Majesty for their use and benefit and it could only be said that the Act applied to this group if it was declared to be a band for the purposes of the Act as contemplated in section 2(1)(a)(iii).

He then went on to hold that P.C. 6015 did not constitute a declaration within the requirements of para. (iii) of s. 2(1)(a).

The Court of Appeal, in view of its decision that title to the tract of land in question was vested in the Crown, did not have to deal with the application of para. (ii).

In Volume I of the publication entitled "Indian Treaties and Surrenders", which covers the period from 1680 to 1890, published by the Queen's Printer in 1891, there appears a copy of an indenture dated April 2, 1835, made between a group of people described as "Sachems or Chiefs and Principal Men of the Six Nations Indians" and King William the Fourth, under the terms of which there was surrendered to King William the Fourth a portion of the lands on the banks of the Ouse or Grand River, which had been the subject matter of the grant by King George the Third. The lands were surrendered for the purpose of being sold and the moneys arising therefrom to be applied for the use and benefit of the Six Nations Indians and their posterity. In the absence of evidence to the contrary, I think I am entitled to presume that these are the lands referred to in para. 11 of the statement of defence of the defendants other than Logan, the proceeds of the sale of which form a part of the trust fund mentioned in that paragraph. That trust fund must have arisen before Confederation and well before orders in council P.C. 1629 and 6015 were enacted.

In any event, I am not in agreement with the view expressed by the trial judge that the absence of evidence as to the time when the Crown commenced to hold the trust funds for the use and benefit of the Indians of the Six Nations would be decisive of this issue. It is necessary to consider the circumstances which gave rise to the present pro-

[TRANSDUCTION] ... Pour les motifs que j'ai déjà donnés, le groupe des Indiens des Six-Nations ne forme pas une bande par suite de sa tenure sur certaines terres et il n'y a pas de preuve qu'à l'époque de la promulgation de la Loi sur les Indiens de 1951, Sa Majesté détenait des sommes d'argent à l'usage et au profit de celui-ci. On peut seulement dire que la Loi s'appliquerait à ce groupe s'il avait été déclaré être une bande aux fins de la Loi, en conformité du sous-al. 2(1)(a)(iii).

Il a ensuite conclu que le décret C.P. 6015 ne constituait pas une déclaration au sens du sous-al. 2(1)(a)(iii).

Compte tenu de sa conclusion selon laquelle les terres en question appartiennent à la Couronne, la Cour d'appel n'a pas examiné la question de l'application du sous-al. (ii).

Le volume I du document intitulé «Indian Treaties and Surrenders», qui couvre la période allant de 1680 à 1890, publié par l'Imprimeur de la Reine en 1891, contient la copie d'un contrat synallagmatique daté du 2 avril 1835 et conclu entre un groupe de personnes appelées les [TRANSDUCTION] «Sachems ou chefs et les anciens des Indiens des Six-Nations» et le roi Guillaume IV. Ce contrat stipulait la cession d'une partie des terres situées sur les rives de la Grande Rivière (ou Rivière Ouse) qui avaient fait l'objet d'une concession par le roi George III. Les terres ont été cédées pour être vendues et le produit de la vente devait être réservé à l'usage et au bénéfice des Indiens des Six-Nations et de leurs descendants. En l'absence d'une preuve à l'effet contraire, je pense pouvoir présumer que ces terres sont celles mentionnées au par. 11 de la défense produite par les défendeurs, à l'exception de Logan, et que le produit de la vente de ces terres constitue en partie le fonds de fiducie y mentionné. La constitution de ce fonds est antérieure à la Confédération et en conséquence bien antérieure à la date de promulgation des décrets C.P. 1629 et 6015.

Quoi qu'il en soit, je ne partage pas l'opinion du juge de première instance selon laquelle l'absence de preuve quant à la date à laquelle la Couronne a commencé à détenir des fonds en fiducie à l'usage et au bénéfice des Indiens des Six-Nations suffit pour trancher ce litige. Il ne faut pas oublier les circonstances à l'origine des présentes procédures

ceedings and the nature of the relief sought. The case arose because of the padlocking by the appellants of the Council House which had been occupied and used by the respondents in their capacity as the elected council of the Six Nations Band. What was sought by the respondents was an injunction to restrain the appellants from obstructing the respondents and others from seeking entrance to the Council House and from making use of it.

The statement of defence of the appellants, other than the appellant Logan, denied that the respondents had any status to maintain the action, alleging that the Six Nations were by right a sovereign and independent nation. There was no allegation in the pleadings that P.C. 1629 and P.C. 6015 were invalid and no request for a declaration that they were invalid. The allegation of sovereignty and independence was later abandoned. The contention that the Six Nations was not a band within the definition in *The Indian Act* was developed at the trial.

In my opinion, when P.C. 6015 was produced, and was, by consent, made an exhibit at the trial, there was a presumption as to its validity and, if the appellants sought to attack it, the onus rested upon them to prove that it was invalid. This necessitated proof that the Six Nations were not a band, which, in turn, required the appellants to show that the Six Nations were not a body of Indians within para. (i) or para. (ii) or para. (iii) of s. 2(1)(a).

Insofar as para. (ii) is concerned it was the appellants, other than Logan, who pleaded the existence of a trust fund administered by the Crown and who adduced evidence to establish that fact. If the appellants desired to rely upon the non-existence of that fund when P.C. 6015 was enacted it was for them to plead that fact and also to establish it in evidence.

In view of the conclusion which I have expressed with respect to the application of para. (ii), it is not necessary to reach a firm conclusion as to the application of para. (iii). On this point the trial judge said:

et la nature du redressement demandé. Cette affaire a commencé lorsque les appelants ont cadennassé les portes du siège du Conseil dont se servaient les intimés, en leur qualité de membres du Conseil élu de la bande indienne des Six-Nations. Les intimés demandent une injonction interdisant aux appelants de les empêcher ou d'empêcher toute autre personne d'entrer dans la salle de réunion du Conseil et de s'en servir.

Dans leur défense, les appelants, à l'exception de Logan, soutiennent que les intimés n'ont pas qualité pour agir, puisque, selon eux, la réserve des Six-Nations forme une nation souveraine et indépendante. Ils n'ont pas prétendu dans leurs plaidoiries que les décrets C.P. 1629 et C.P. 6015 étaient invalides et n'ont pas demandé qu'ils soient déclarés invalides. L'allégation de souveraineté et d'indépendance a par la suite été abandonnée. Cependant, la prétention que les Indiens des Six-Nations ne constituent pas une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, a été développée au procès.

A mon avis, lorsque le décret C.P. 6015 a été produit et a été, sur consentement, déposé au dossier, il était présumé valide et, si les appelants voulaient le contester, il leur incombait d'apporter la preuve de son invalidité. Pour cela, il leur fallait d'abord démontrer que les Indiens des Six-Nations ne constituent pas une bande et ensuite établir que les Indiens des Six-Nations ne forment pas un groupe d'Indiens au sens des sous-al. 2(1)(a)(i), (ii) ou (iii).

En ce qui concerne le sous-al. (ii), ce sont les appelants eux-mêmes, à l'exception de Logan, qui ont invoqué dans leur plaidoirie l'existence d'un fonds de fiducie géré par la Couronne et qui ont avancé des preuves à l'appui. Si les appelants voulaient fonder leur argumentation sur la non-existence de ce fonds à l'époque de la promulgation du décret C.P. 6015, il leur incombait de plaider ce fait et de le prouver.

Compte tenu de l'opinion que j'ai exprimée relativement à l'application du sous-al. (ii), je n'ai pas à trancher définitivement la question de l'application du sous-al. (iii). A ce sujet, le juge de première instance a déclaré:

The Order-in-Council is, in my view, a plain exercise of the power contemplated by section 73(1) to apply certain portions of the Act to an existing band. It does not, however, constitute a declaration that a certain body of Indians is a band for the purposes of this Act as contemplated by section 2(1)(a)(iii). That declaration must be separately made and cannot be implied simply because action is taken under section 73(1).

Paragraph (iii) of s. 2(1)(a) states that a band means a body of Indians "declared by the Governor in Council to be a band for the purposes of this Act". P.C. 6015 declares that after November 15, 1951, the Council of the Six Nations Band shall be selected by elections to be held in accordance with *The Indian Act*, and it recites the authority of s. 73 of that Act. It is certainly arguable that, in view of the above declaration, the Six Nations are, by P.C. 6015, declared to be a band for the purposes of the Act.

In my opinion the order in council, P.C. 6015, was valid. It provided for the election of a Council of the Six Nations Indian Band. In para. 3 of the order in council provision is made for six electoral sections and it is stated that "The Reserve" is divided into those sections. It might be objected that there is no "reserve" unless the title to the land is vested in the Crown. In my view, any difficulty in this regard is overcome by s. 36 of the Act, which provides:

36. Where lands have been set apart for the use and benefit of a band and legal title thereto is not vested in His Majesty, this Act applies as though the lands were a reserve within the meaning of this Act.

As the elected council of the Six Nations Band, the respondents were properly entitled to use the Council House, the property of the Band for council purposes. I do not think it was necessary to enact a by-law under s. 80(h) of the Act to assert that use. In any event, the appellants were not lawfully entitled to prevent the use of the Council House by the elected council.

[TRADUCTION] Le décret du Conseil a été pris, à mon avis, en vertu du pouvoir conféré par le par. 73(1) d'appliquer certaines parties de la Loi à une bande existante. Il ne s'agit toutefois pas d'une déclaration qu'un groupe déterminé d'Indiens constitue une bande aux fins de la Loi et au sens du sous-al. 2(1)(a)(iii). Cette déclaration doit être distincte et le simple exercice du pouvoir conféré au par. 73(1) ne permet pas de déduire qu'elle a été faite.

Le sous-alinéa 2(1)(a)(iii) précise que le mot «bande» signifie un groupe d'Indiens «que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande aux fins de la présente loi». Le décret C.P. 6015 déclare qu'après le 15 novembre 1951, le Conseil de la bande indienne des Six-Nations sera choisi au moyen d'élections tenues en conformité de la *Loi sur les indiens* et renvoie à l'art. 73 de la Loi. On peut certainement soutenir que, par cette déclaration, le décret C.P. 6015 a eu l'effet de déclarer que les Indiens des Six-Nations constituent une bande aux fins de la Loi.

A mon avis, le décret C.P. 6015 est valide. Il prévoit le mode d'élection du Conseil de la bande indienne des Six-Nations. Le par. 3 du décret prévoit que «la Réserve» sera divisée en six sections électorales. Or on ne peut soutenir qu'il n'y a pas de «Réserve» si le titre sur les biens-fonds n'est pas dévolu à la Couronne. A cet égard, l'art. 36 de la Loi règle, à mon avis, toute difficulté d'interprétation possible. Il prévoit:

36. Lorsque des terres ont été mises de côté à l'usage et au profit d'une bande et que le titre juridique y relatif n'est pas dévolu à Sa Majesté, la présente loi s'applique comme si les terres étaient une réserve, selon la définition qu'en donne cette loi.

En tant que Conseil élu de la bande des Six-Nations, les intimés avaient le droit d'utiliser le siège du Conseil qui appartient à la bande et est réservé aux travaux de ce dernier. Je ne pense pas qu'il était nécessaire d'édicter un règlement en vertu du par. 80(h) de la Loi pour confirmer ce droit. Quoi qu'il en soit, les appelants n'avaient pas le droit d'empêcher le Conseil élu d'utiliser lesdits lieux.

The other points raised in argument by the appellants before this Court were disposed of by the Court of Appeal and I agree with their disposition.

I would dismiss the appeal with costs. There should be no costs payable by or to the Attorney General of Canada or any of the intervenants.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Fasken & Calvin, Toronto.

Solicitors for the respondents: Waterous, Holden, Kellock & Kent, Brantford.

Solicitor for the Attorney General of Canada: L. R. Olsson, Toronto.

Solicitor for the Union of Ontario Indians, intervenant: Paul Williams, Toronto.

Solicitor for Gary Potts et al., intervenants: Bruce A. Clark, Haileybury.

Je suis d'accord avec la façon dont la Cour d'appel a tranché les autres moyens plaidés par les appelants devant cette Cour.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Ni le procureur général du Canada ni aucun des intervenants ne versera de dépens ni n'en touchera.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Fasken & Calvin, Toronto.

Procureurs des intimés: Waterous, Holden, Kellock & Kent, Brantford.

Procureur du procureur général du Canada: L. R. Olsson, Toronto.

Procureur de l'Union of Ontario Indians, intervenant: Paul Williams, Toronto.

Procureur de Gary Potts et autres, intervenants: Bruce A. Clark, Haileybury.

Calvin J. Hoyt et al. Appellants;

and

**Grand Lake Development Corporation et al.
Respondents.**

1977: May 19; 1977: June 14.

Present: Laskin C.J. and Judson, Ritchie, Pigeon and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NEW BRUNSWICK, APPEAL DIVISION

Appeal — Reversal of finding of fact of trial judge — Strong justification required.

Damages — Lack of proof as to amount of damages — Dismissal of action inappropriate — Proper course to remit to trial judge to hear further evidence.

A company incorporated by appellant C. J. Hoyt to engage in coal-mining operations in Minto, N.B., ceased these operations as a result of a government decision to phase out strip mining in that area. The N.B. government incorporated Grand Lake Development Corporation to effect the change and this company settled the Hoyt Company's outstanding liabilities, in the amount of \$60,000, and purchased a dragline having only scrap value for the sum of \$2,300. The remainder of the Hoyt Company's equipment, which had been moved by Hoyt in January 1968 to a property where one Harold Knox continued to carry on mining operations and which by October 1972 had disappeared, was the subject of Hoyt's claim for \$71,432 by reason of the conversion of the property by the respondents. While Hoyt had appeared to show little or no interest in this property, from 1968 to 1972 he continued to pursue officials of the government in the hope that he might obtain some compensation for it. Despite a dearth of evidence it did appear that salvage operations had been carried on in the area where the equipment was stored and some of the equipment might have been used in these operations or sold for scrap.

The trial judge dismissed the claim on the ground that the property had been abandoned and that the evidence could not sustain a finding of conversion. The Appeal Division reversed these findings at trial, however concluded that the appeal should be dismissed because it was impossible to establish the amount of damages on the evidence before it.

Held: The appeal should be dismissed.

Calvin J. Hoyt et autres Appelants;

et

**La Société de développement de la région du
Grand Lac et autres Intimées.**

1977: le 19 mai; 1977: le 14 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Ritchie, Pigeon et Dickson.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DU NOUVEAU-BRUNSWICK.

Appel — Conclusions sur les faits du juge de première instance infirmées — Justification sérieuse exigée.

Dommages-intérêts — Manque de preuve quant au montant des dommages — Rejet de l'action injustifié — Il aurait fallu renvoyer l'affaire au juge de première instance pour entendre une preuve supplémentaire.

Une compagnie constituée par l'appellant C. J. Hoyt, pour exploiter des mines de charbon à Minto (N.-B.), a mis fin à son activité à la suite d'une décision gouvernementale d'arrêter progressivement l'exploitation à ciel ouvert dans cette région. Pour procéder à ce changement, le gouvernement du N.-B. a créé la Société de développement de la région du Grand Lac qui a acquitté les dettes exigibles de la compagnie Hoyt au montant de \$60,000 et acheté une dragline ayant seulement une valeur de rebut de \$2,300. Le reste du matériel de la compagnie Hoyt, qui avait été déplacé par Hoyt en janvier 1968 sur un site minier exploité par un nommé Harold Knox et qui avait disparu en octobre 1972, faisait l'objet d'une réclamation de Hoyt au montant de \$71,432 pour cause de détournement de ses biens par les intimées. Bien que Hoyt ait montré de l'indifférence à l'égard de ces biens, de 1968 à 1972, il a continué à talonner les fonctionnaires du gouvernement dans l'espoir de recevoir une indemnité pour son matériel. Malgré le manque de preuves, il appert qu'on a effectué des opérations de récupération dans la région où le matériel était entreposé et qu'une partie de ce matériel a pu être utilisée au cours de ces opérations ou vendue comme rebut.

Le juge de première instance a rejeté la réclamation pour le motif que les biens avaient été abandonnés et que la preuve ne permettait pas de conclure à un détournement. La Division d'appel a infirmé ces conclusions, mais a toutefois conclu que l'appel devait être rejeté parce qu'il était impossible de déterminer les dommages sur la base de la preuve produite.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

There was nothing to suggest that the trial judge failed to use or misused the advantage which he had of having seen and heard the witnesses. The action should be dismissed for the reasons given by the trial judge. Moreover the finding of the Appeal Division as to conversion been upheld, the conclusion that the appeal should be dismissed because of lack of proof as to the amount of damages would not have been appropriate; the proper course would have been to remit the case to the trial judge to hear further evidence and to assess the damages.

S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack, [1927] A.C. 37; *Prudential Trust Company v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210; *Sparks and Fairfax v. Thompson*, [1975] 1 S.C.R. 618 referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of New Brunswick, Appeal Division, dismissing, for different reasons, an appeal from a judgment of Barry J. at trial dismissing a claim for damages. Appeal dismissed, findings at trial restored.

Ronald J. Ashfield and Mark C. Paul-Elias, for the appellants.

David R. Clark, for the respondents.

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 New Brunswick dismissing an appeal from the judgment rendered at trial by Mr. Justice Barry whereby he had dismissed the appellants' claim in the amount of \$71,432 allegedly sustained by the appellants by reason of the conversion of their property by the respondents.

The trial judge dismissed the appellants' claim on the ground that the property in question had been abandoned and that the evidence could not sustain a finding of conversion by the respondents or either of them. The Appeal Division, on the other hand, found that the property had not been abandoned but had been converted by the respondent, N.B. Coal Limited, which company appears to have acted in conjunction with, if not on behalf of, the other respondent, Grand Lake Development Corporation, a crown corporation established by act of the Legislature of New Brunswick. The Appeal Division, however, concluded that:

Rien ne suggère que le juge de première instance a omis de profiter ou a fait un mauvais usage de l'avantage qu'il avait de voir et d'entendre les témoins. Le pourvoi doit être rejeté pour les motifs indiqués par le juge de première instance. De plus, la Division d'appel, après avoir conclu au détournement du matériel, n'aurait pas dû rejeter l'appel pour manque de preuve sur le montant des dommages; il aurait fallu renvoyer l'affaire au juge de première instance afin qu'il entende une preuve supplémentaire et fixe le montant des dommages.

Arrêts mentionnés: *S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37; *Prudential Trust Company c. Forseth*, [1960] R.C.S. 210; *Sparks et Fairfax c. Thompson*, [1975] 1 R.C.S. 618.

POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick rejetant, pour des motifs différents, l'appel d'un jugement prononcé par le juge Barry qui avait rejeté une action en dommages-intérêts. Pourvoi rejeté, conclusions de première instance rétablies.

Ronald J. Ashfield et Mark C. Paul-Elias, pour les appelants.

David R. Clark, pour les intimées.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick rejetant l'appel d'un jugement prononcé en première instance par le juge Barry. Il avait débouté les appelants de leur réclamation au montant de \$71,432, soit la somme qu'ils allèguent avoir perdue à la suite du détournement de leurs biens par les intimées.

Le juge de première instance a rejeté la réclamation des appelants pour le motif que les biens en cause avaient été abandonnés et que la preuve ne permettait pas de conclure que les intimées, ou l'une d'entre elles, étaient coupables de détournement. Par contre, la Division d'appel a jugé que les biens n'avaient pas été abandonnés mais détournés par l'intimée, N.B. Coal Limited, compagnie qui aurait agi au nom de l'autre intimée ou de concert avec cette dernière, soit la Société de développement de la région du Grand Lac, société de la Couronne créée par une loi de la Législature du Nouveau-Brunswick. La Division d'appel a cependant conclu:

It is not possible to establish the plaintiffs' damages and as the court cannot do so arbitrarily, it follows that the appeal must be dismissed.

This litigation stems from the fact that C. J. Hoyt Limited, which had been incorporated by the appellant, C. J. Hoyt, to engage in coal mining operations in Minto, N.B., ceased those operations as a result of a government decision to phase out strip mining in that area. The New Brunswick Government incorporated the Grand Lake Development Corporation to effect this change and this company did in fact settle the Hoyt Company's outstanding liabilities in the amount of \$60,000, and purchased a dragline having only scrap value for the sum of \$2,300. The remainder of the Hoyt equipment which the appellants claim to have been converted was moved by Hoyt to a property known as the King property where one Harold Knox was continuing to carry on mining operations. This equipment was left on that property in January of 1968 and according to the evidence of the appellant Hoyt, he did not even go back to look at it until October of 1972, by which time it had disappeared.

There is a dearth of evidence as to what became of this property although it does appear that salvage operations under the direction of one Mills of N.B. Coal Limited were being carried on in the area where it was stored and some of the equipment in question might have been used in these operations or sold for scrap, but the trial judge was far from satisfied that this amounted to evidence of conversion by either or both of the respondents. On the other hand, Mr. Justice Barry found that the attitude of Hoyt in showing no interest in his property for 4½ years was tantamount to his having abandoned it, although during that period it does appear that he continued to pursue officials of the government hoping that in time a decision might be made to award him some compensation for his equipment.

If Hoyt and his company in fact abandoned the property on the King site as the learned trial judge found, it would follow that there could be no action for its conversion and this appeal would accordingly fail. But even if the Appeal Division's

[TRADUCTION] Il est impossible de déterminer les dommages subis par les demandeurs et puisque la Cour ne peut le faire de façon arbitraire, il s'ensuit que l'appel doit être rejeté.

Ce litige découle du fait que C. J. Hoyt Limited, compagnie constituée par l'appellant C. J. Hoyt pour exploiter des mines de charbon à Minto (N.-B.) a mis fin à son activité à la suite d'une décision gouvernementale d'arrêter progressivement l'exploitation à ciel ouvert dans cette région. Pour procéder à ce changement, le gouvernement du Nouveau-Brunswick a créé la Société de développement de la région du Grand Lac qui a, en fait, acquitté les dettes exigibles de la compagnie Hoyt au montant de \$60,000 et acheté une dragline ayant seulement une valeur de rebut de \$2,300. Hoyt a déplacé sur un terrain connu sous le nom de propriété King, site minier exploité par un nommé Harold Knox, le reste du matériel de sa compagnie qui, selon les appelants, aurait été détourné. L'appellant Hoyt a témoigné qu'après avoir laissé ce matériel sur ledit terrain en janvier 1968, il n'y est retourné voir qu'en octobre 1972 et qu'à ce moment-là, le matériel avait disparu.

Il y a absence de preuve sur ce qui est advenu de ces biens; toutefois, il appert qu'un nommé Mills de N.B. Coal Limited effectuait des opérations de récupération dans la région où ils étaient entreposés et qu'une partie du matériel a pu être utilisée au cours de ces opérations ou vendue comme rebut. Le juge de première instance était cependant loin d'être convaincu que cela équivalait à une preuve de détournement commis par les intimées ou l'une d'entre elles. D'autre part, le juge Barry a conclu que l'indifférence de Hoyt à l'égard de ses biens pendant 4 ans et demi revenait à un abandon, même s'il appert que pendant ce temps, il a continué à talonner les fonctionnaires du gouvernement dans l'espoir de recevoir un jour une indemnité pour son matériel.

Si Hoyt et sa compagnie ont, de fait, abandonné leurs biens sur la propriété King, comme le décide le savant juge de première instance, il s'ensuit qu'aucune action ne peut être intentée pour détournement et que le présent pourvoi doit

finding that the property was not abandoned could be sustained, the burden would still rest upon the appellants to satisfy the court on the balance of probabilities that there was sufficient evidence to justify a finding of conversion by the respondents. In this regard the learned trial judge made the following finding:

Now, the claim is, first for converting, but there isn't any evidence to satisfy me that either of the two defendants . . . converted the property to their use although there is an inference that it may have been used by somebody there or sold as scrap.

And he concluded his reasons for judgment with the following paragraph:

As far as I am concerned there is no evidence to satisfy me of conversion. There is evidence that the equipment was abandoned by Mr. Hoyt at the site and he just kept after the government officials hoping that in due course they would pay him, but they haven't done so and now we are in court.

Mr. Justice Ryan, however, in the course of the reasons for judgment which he rendered on behalf of the Appeal Division, having determined that there was no evidence of abandonment, went on to hold, after reviewing the judgment at trial:

The finding, however, of there being no evidence of conversion is in my opinion against the weight of evidence.

These are crucial findings of fact which must be based on the Appellate Division's assessment of the evidence and the probabilities to which it gave rise, and as they constitute a clear reversal of the conclusions reached by an experienced trial judge who had of course had the advantage of seeing and hearing the witnesses, I think this to be a case to which the language employed by Lord Sumner in *S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack*¹, is applicable. This language was adopted by Mr. Justice Martland in this Court in the case of *Prudential Trust Company v. Forseth*². In the passage in question, Lord Sumner described the respective

échouer. Mais même s'il est possible de conclure, à l'instar de la Division d'appel, que les biens n'avaient pas été abandonnés, il incombe toujours aux appelants de convaincre la cour, selon la prépondérance des probabilités, de l'existence d'une preuve suffisante lui permettant de conclure qu'un détournement a été commis par les intimées. Le savant juge de première instance a tiré à cet égard la conclusion suivante:

[TRADUCTION] En fait, la réclamation a d'abord trait au détournement mais la preuve ne me convainc pas que l'une ou l'autre des deux défenderesses . . . a détourné les biens pour son propre usage même si l'on peut supposer que quelqu'un a pu les utiliser sur place ou les vendre comme rebut.

Et il conclut ses motifs de jugement en ces termes:

[TRADUCTION] Quant à moi, la preuve ne me convainc pas qu'il y a eu détournement. Elle montre que Hoyt a abandonné son matériel sur le terrain et qu'il a talonné les fonctionnaires du gouvernement, dans l'espoir qu'ils le paieraient en temps opportun, ce qu'ils n'ont pas fait, d'où le présent litige.

Cependant, dans l'arrêt rendu au nom de la Division d'appel, le juge Ryan, ayant conclu à l'absence de preuve d'abandon, a décidé ce qui suit, après examen du jugement de première instance:

[TRADUCTION] Toutefois, la conclusion qu'il n'y a aucune preuve de détournement va, à mon avis, à l'encontre de l'ensemble de la preuve.

Ce sont là des conclusions capitales sur les faits qui doivent être fondées sur l'évaluation de la preuve faite par la Division d'appel et sur les probabilités en découlant. Puisqu'elles renversent clairement les conclusions formulées par un juge du procès expérimenté qui a naturellement eu l'avantage de voir et d'entendre les témoins, j'estime qu'il s'agit d'un cas auquel s'appliquent les termes utilisés par lord Sumner dans *S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack*¹. Le juge Martland de cette Cour les a adoptés dans *Prudential Trust Company c. Forseth*². Dans le passage en question, lord Sumner décrit en ces termes les rôles respec-

¹ [1927] A.C. 37.

² [1960] S.C.R. 210.

¹ [1927] A.C. 37.

² [1960] R.C.S. 210.

roles of the trial judge and of the court of appeal in the following language:

None the less, not to have seen the witnesses puts appellate judges in a permanent position of disadvantage as against the trial judge, and, unless it can be shown that he has failed to use or has palpably misused his advantage, the higher Court ought not to take the responsibility of reversing conclusions so arrived at, merely on the result of their own comparisons and criticisms of the witnesses and of *their own view of the probabilities of the case*. (The italics are my own.)

See also *Sparks and Fairfax v. Thompson*³, at p. 626.

In reversing the trial judge's finding that there was no evidence, the Appeal Division appears to have relied in great degree on excerpts from the evidence of Roy Mills as to the disposal of certain equipment similar in kind to the appellants. With all respect, I am bound to say that I find these passages to be more than confusing and indeed there does not appear to be any firm basis for concluding that Mills was referring to the Hoyt equipment. His reference is to "equipment that was located on Harold Knox' property in the Minto area" and it is clear from his other evidence and that of Knox that there was much equipment left on this property which belonged to various different companies. It is to be noted that the first answer quoted by Mr. Justice Ryan does not appear to have been made in response to the question which precedes it in the quotation.

After his reference to the evidence of Mills, Mr. Justice Ryan observed:

No doubt when the equipment was disposed of as described by Mills he was not aware that some of it was the property of the plaintiff. Nevertheless, such disposal constituted a conversion of equipment, unless it was abandoned as found by the trial judge.

In my respectful opinion these quotations do not lead to the conclusion that the appellants' property was converted by the respondents or either of them, and the following series of questions and

tifs du juge de première instance et de la cour d'appel:

[TRADUCTION] Néanmoins, le fait de ne pas avoir vu les témoins place les juges d'une cour d'appel dans une situation qui reste désavantageuse par rapport à celle du juge de première instance et, à moins que l'on ne démontre que ce dernier a omis de profiter de cet avantage, ou qu'il s'en est clairement servi à mauvais escient, la cour d'instance supérieure ne doit pas prendre la responsabilité d'infirmer des conclusions ainsi tirées, lorsqu'elle ne se base que sur le résultat de ses propres comparaisons et critiques des témoins et de *sa propre opinion sur les probabilités de l'affaire*. (Les italiques sont de moi.)

Voir également *Sparks et Fairfax c. Thompson*³, à la p. 626.

En renversant la conclusion du juge de première instance portant qu'il y avait absence de preuve, la Division d'appel semble s'être appuyée, dans une large mesure, sur des extraits du témoignage de Roy Mills relatifs à la disposition de matériel semblable à celui des appelants. Avec égards, je dois dire que je trouve ces passages plus qu'embrouillés et il n'y a pas de base solide pour conclure que Mills parlait du matériel de Hoyt. Il a parlé de [TRADUCTION] «matériel qui se trouvait sur la propriété de Harold Knox dans la région de Minto»; de plus, son autre témoignage et celui de Knox montrent clairement qu'une bonne partie du matériel laissé sur cette propriété appartenait à plusieurs autres compagnies. Notons également que la première réponse citée par le juge Ryan ne paraît pas avoir été donnée en réponse à la question qui la précède dans la citation.

Après avoir mentionné le témoignage de Mills, le juge Ryan a dit:

[TRADUCTION] Il n'y a aucun doute qu'au moment de la disposition du matériel, décrite par Mills, il ne savait pas qu'une partie appartenait au demandeur. Néanmoins, une telle disposition constitue un détournement de matériel, à moins qu'il ait été abandonné, comme l'a décidé le juge de première instance.

A mon humble avis, on ne peut tirer de ces citations la conclusion que les biens des appelants ont été détournés par les intimées ou l'une d'entre elles, et l'extrait suivant du contre-interrogatoire

³ [1975] 1 S.C.R. 618.

³ [1975] 1 R.C.S. 618.

answers given by C. J. Hoyt himself in cross-examination appear to me to indicate that the lack of knowledge as to what happened to the equipment was shared by him:

Q. No, I'm not asking for your assumptions or your conclusion. I am asking about what you know directly.

A. I wasn't there when the equipment was removed, I was going to school in Edmundston.

Q. I take it your answer is you don't know what happened to the equipment?

THE COURT: Of personal knowledge.

MR. CLARK: Of personal knowledge.

A. I have an idea what happened to the equipment all right, but I don't know of personal knowledge.

In this sequence Mr. Hoyt was clearly referring to the equipment listed in Schedule A to the Statement of Claim. On this basis the learned trial judge was in my opinion amply justified in concluding that there was no evidence to satisfy him of conversion.

In my view there is nothing in the present case to suggest that the learned trial judge in making the findings which he did, failed to use or palpably misused the advantage which he had of having seen and heard the witnesses, and I therefore conclude that this action should be dismissed for the reasons which he has stated.

As I have indicated, the Appeal Division, having found that the equipment was converted by the respondents, went on to conclude that there was no evidence upon which it was possible to establish the value of the equipment at the time of conversion and that as this was the proper measure of damage, the appeal should be dismissed for lack of proof.

There was some evidence, to which Mr. Justice Ryan himself refers, as to the value of the used equipment allegedly converted, and even if I agreed with the finding as to conversion made by the Appeal Division, it does not follow, in my view, that the appeal would have to be dismissed because that Court found it impossible to establish the amount of damage on the evidence before it. With all respect, I would have thought that the

de C. J. Hoyt démontre, selon moi, que lui non plus ne savait pas ce qu'il était advenu du matériel:

[TRADUCTION] Q. Non, je ne vous demande pas quelles sont vos hypothèses ou vos conclusions. Je vous demande ce que vous savez personnellement.

R. Je n'étais pas là lorsqu'on a enlevé le matériel, je suivais des cours à Edmundston.

Q. Si je comprends bien votre réponse, vous ne savez pas ce qu'il est advenu du matériel?

LA COUR: Selon votre connaissance directe des faits.

M^c CLARK: Selon votre connaissance directe des faits.

R. J'ai une bonne idée de ce qui est advenu du matériel, mais je n'en ai pas une connaissance directe.

Dans cet extrait, M. Hoyt se reportait nettement au matériel décrit à l'annexe A de la déclaration. Sur cette base, le savant juge de première instance était, à mon avis, amplement justifié de conclure que la preuve était insuffisante pour le convaincre qu'il y avait eu détournement.

Selon moi, rien en l'espèce ne suggère que le savant juge de première instance, en concluant de la sorte, a omis de profiter ou s'est clairement servi à mauvais escient de l'avantage qu'il avait de voir et d'entendre les témoins et je conclus, par conséquent, que le présent pourvoi doit être rejeté pour les motifs qu'il a indiqués.

Comme je l'ai signalé, la Division d'appel a jugé, après avoir conclu que les intimées avaient détourné le matériel, qu'il n'y avait aucune preuve permettant d'établir la valeur du matériel au moment du détournement et que, puisque cela constitue la juste mesure du dommage subi, l'appel devait être rejeté pour manque de preuve.

Il existe des preuves, auxquelles le juge Ryan lui-même se reporte, sur la valeur du matériel usagé qui aurait été détourné. Même si je souscrivais à la conclusion de détournement formulée par la Division d'appel, il ne s'ensuivrait pas, à mon avis, que le pourvoi devrait être rejeté parce que cette Cour-là avait jugé impossible de déterminer le montant des dommages à partir de la preuve soumise. Avec égards, il me semble que, dans de

proper course under such circumstances would have been to remit the case to the trial judge to hear further evidence and to assess the damages.

As I have indicated, however, no question of assessment of damages arises in my view of this case and for these reasons, as well as for those stated by Mr. Justice Barry at trial, I would dismiss this appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: Mark C. Paul-Elias, Fredericton.

Solicitor for the respondents: David R. Clark, Fredericton.

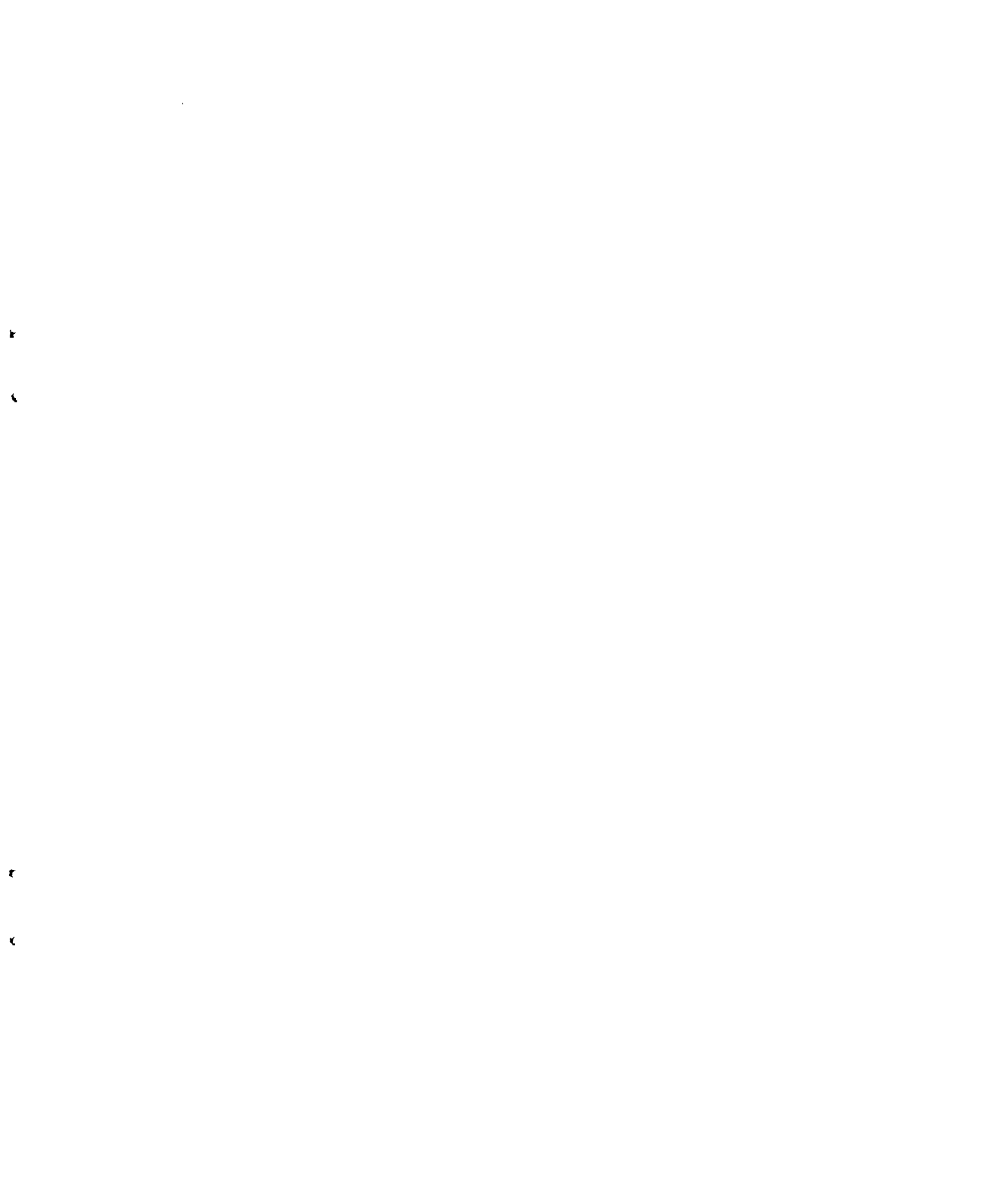
telles circonstances, il aurait fallu renvoyer l'affaire au juge de première instance afin qu'il entende une preuve supplémentaire et fixe le montant des dommages.

Toutefois, comme je l'ai indiqué, il n'est aucune-ment question d'évaluation des dommages en l'es-pèce. Pour ces motifs et pour ceux énoncés par le juge Barry au procès, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur des appelants: Mark C. Paul-Elias, Fredericton.

Procureur des intimées: David R. Clark, Fredericton.



United Trust Company *Appellant;*

and

Dominion Stores Limited *Respondent;*

and

Molly Geller and Bella Granatstein
Respondents.

1976: March 31, April 1; 1976: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Land titles — Priorities — Actual notice — Encumbrance — Lease — Unregistered renewal of lease — Purchaser of freehold having notice of leasehold interest — Transferee's interest subject to leasehold interest — The Land Titles Act, R.S.O. 1970, c. 234 as amended, ss. 78(1), (2), 79(1), 85(5), 91, 94.

Dominion had been tenants since 1935 of land governed by the Ontario *Land Titles Act* under a written lease and various renewals thereof. The last renewal which was to have terminated on November 30, 1970 contained an option in favour of Dominion to renew until November 30, 1975 subject to a rental increase and the usual clause as to increase to cover real estate taxes. Dominion gave due notice of the exercise of the option but entered negotiations for a longer term of leasing. The negotiations continued until 1972, when on April 20, the landlords' solicitors advised that their clients were prepared to enter into an option agreement for the period from December 1, 1975 to June 30, 1982 and suggested that Dominion's solicitor draft the required documentation. The draft option agreement was submitted shortly thereafter by Dominion's solicitor. United had however been negotiating with the landlords for the purchase of the premises and on May 17, 1972 the landlords agreed to sell to United who had actual notice of the lease and the agreement between Dominion and the landlords. On May 25, 1972 the landlords' solicitors replied to Dominion's letter of April 28 that the landlords had "no intention of executing the documents which you have forwarded as the said documents do not meet with the approval of the writer or our clients in their form and substance". On June 22, 1972, the day after closing the purchase, United placed a new door with new lock on the premises and excluded Dominion therefrom notwithstanding that Dominion

United Trust Company *Appelante;*

et

Dominion Stores Limited *Intimée;*

et

Molly Geller et Bella Granatstein *Intimées.*

1976: les 31 mars et 1^{er} avril; 1976: le 5 octobre.

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

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

Titres de propriété — Priorités — Connaissance actuelle — Charge — Bail — Renouvellement de bail non enregistré — Acquéreur d'une tenure libre ayant connaissance d'un droit de tenure à bail — Droit du cessionnaire assujéti au droit de tenure à bail — The Land Titles Act, S.R.O. 1970, c. 234 et ses modifications, art. 78(1) et (2), 79(1), 85(5), 91, 94.

Dominion était, depuis 1935, locataire de locaux assujettis à *The Land Titles Act* de l'Ontario en vertu d'un bail écrit et de plusieurs renouvellements subséquents. Le dernier renouvellement qui devait expirer le 30 novembre 1970 contenait, en faveur de Dominion, une option de renouvellement pour une période allant jusqu'au 30 novembre 1975 sous réserve d'une augmentation du loyer et de la clause usuelle relative à l'augmentation des taxes foncières. Dominion exerça son option, en en donnant avis en bonne et due forme, mais entra en pourparlers pour obtenir un bail à plus long terme. Les négociations se poursuivirent jusqu'en 1972, mais, le 20 avril, l'avocat des propriétaires l'avisa que ses clientes seraient disposées à passer un contrat d'option pour la période s'étendant du 1^{er} décembre 1975 au 30 juin 1982 et suggéra que l'avocat de Dominion rédige les documents nécessaires. L'avocat de Dominion soumit peu après le contrat d'option. Cependant United avait négocié avec les propriétaires l'achat des locaux et, le 17 mai 1972, les propriétaires acceptèrent de vendre à United qui était au courant de l'existence du bail et de l'entente entre Dominion et les propriétaires. Le 25 mai 1972, les avocats des propriétaires répondirent en ces termes à la lettre de Dominion, en date du 28 avril: les propriétaires «n'ont pas l'intention de signer les documents que vous nous avez envoyés, le soussigné ni nos clientes n'en approuvant la forme et le contenu». Le 22 juin 1972, le lendemain de la conclusion de la transaction, United fit mettre une nouvelle porte et une nouvelle serrure aux

had paid rent up to and including June 30, 1972. An application by Dominion for an order granting relief from forfeiture and reinstatement in the premises was granted and the subsequent appeal was dismissed by the Court of Appeal.

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

Per Judson, Ritchie, Spence and Beetz JJ.: The doctrine of actual notice as to all contractual relations and particularly the law of real property has been firmly based in law since the beginning of equity. Such a cardinal principle of property law cannot be considered abrogated unless the legislative enactment is in the clearest and most unequivocal of terms. *The Land Titles Act*, R.S.O. 1970, c. 234, as amended by 1972 (Ont.), cc. 1, 132 and 1973 (Ont.), c. 39 contains no such provision. Section 85(5) did not affect the law as stated in *Re Jung and Montgomery*, [1955] 5 D.L.R. 287, as *first*, the subsection did not purport to repeal generally the law in *Re Jung* and was therefore not enacted simply for the purpose of such repeal and *second*, the subsection deals with instruments registered in respect of or affecting the same estate or interest in the same parcel of registered land.

Per Laskin C.J. *dissenting*: Several provisions of *The Land Titles Act* make the register the sole mirror of title and curtain off any unregistered interests regardless of notice. The scheme and language of the Act are adequate to show the irrelevancy of actual notice. If fairness from a common law stand point was the dominant consideration, irrespective of legislative policy and of the circumstances which brought title registration systems into being the matter would be different but here the concern was not with common law but rather with a complete break from it through a choice of legislative policy reflected in some Canadian Provinces and elsewhere by the adoption of the Torrens system and in Ontario and England by the adoption of a related system of title registration. Section 85(5) cannot be construed to exclude the effect of notice where the notice is of a claim to the same interest as that purchased by another for value on the face of the register but not to exclude it where the notice is of a claim to a subordinate interest. Sections 78(1), (2), 79(1), 91 and 94 of the Act make it clear that notice of an unregistered interest cannot qualify the registered title of a transferee for value from the registered owner. This

locaux et en interdit l'accès à Dominion bien que celle-ci eût payé son loyer jusqu'au 30 juin 1972 inclusivement. La requête présentée par Dominion pour être relevée de la déchéance et reprendre possession des lieux a été accueillie et le pourvoi interjeté à l'encontre de cette décision a été rejeté par la Cour d'appel.

Arrêt (le juge en chef Laskin étant dissident): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Judson, Ritchie, Spence et Beetz: La doctrine de la connaissance actuelle qui s'étend à toutes les relations contractuelles et au droit des biens en particulier est solidement implantée dans notre droit depuis les débuts de l'*equity*. En l'absence de dispositions législatives claires et dépourvues d'équivoque, un principe aussi fondamental du droit des biens ne peut pas être considéré comme abrogé. *The Land Titles Act*, R.S.O. 1970, c. 234, modifiée par 1972 (Ont.), c. 1 et 132 et 1973 (Ont.), c. 39 ne contient aucune disposition semblable. Le paragraphe 85(5) n'a pas modifié l'état du droit exprimé dans *Re Jung and Montgomery*, [1955] 5 D.L.R. 287, car *premièrement*, ce paragraphe n'a pas pour objet l'abrogation générale du droit établi dans l'arrêt *Re Jung* et donc n'a pas été édicté simplement dans un tel but et *deuxièmement* ce paragraphe traite d'actes enregistrés concernant ou grevant le même droit de tenure ou autre sur la même parcelle de terrain enregistré.

Le juge en chef Laskin *dissident*: Plusieurs dispositions de *The Land Titles Act* font du registre le seul «miroir» du titre et font «tomber le rideau» sur les droits non enregistrés sans égard à la connaissance. L'économie et le libellé de *The Land Titles Act* suffisent à démontrer que la connaissance des droits non enregistrés est sans effet. Si l'équité dans la perspective de la *common law* était la considération dominante, abstraction faite de toute politique législative et des circonstances qui ont présidé à la création des systèmes d'enregistrement des titres de biens-fonds, la situation serait différente. Toutefois ce n'est pas de la *common law* qu'il s'agit, mais bien d'une rupture complète avec elle résultant d'une politique législative délibérée qui s'est traduite dans certains pays et dans certaines provinces canadiennes par l'adoption du système Torrens et, en Angleterre et en Ontario, par l'adoption d'un système apparenté d'enregistrement des titres de biens-fonds. On ne peut interpréter le par. 85(5) comme privant d'effet la connaissance lorsque celle-ci porte sur le même droit que celui acquis à titre onéreux par une autre personne sur la foi du registre, et comme ne l'en privant pas lorsque le droit invoqué en dérive. Il ressort très claire-

conclusion is reinforced by s. 85 and in particular by subs. (5).

[*Waimiha Sawmilling Company Limited, v. Waione Timber Company Limited*, [1926] A.C. 101; *Assets Co. Ltd. v. Mere Roihi et al.*, [1905] A.C. 176 distinguished; *Re Skill and Thompson* (1908), 17 O.L.R. 186; *John Macdonald & Co. Limited v. Tew* (1914), 32 O.L.R. 262; *Re Jung and Montgomery*, [1955] 5 D.L.R. 287; *Pitcher v. Shoebottom*, [1971] 1 O.R. 106; *Zbryski v. City of Calgary* (1965), 51 D.L.R. (2d) 54 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal from a judgment of Grant J.² allowing an application for an order granting relief from forfeiture and reinstatement in devised premises. Appeal dismissed, Laskin C.J. dissenting.

D. T. Stockwood and *J. Ryan*, for the appellant.

P. S. A. Lamek and *D. J. T. Mungovan*, for the respondents.

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—This appeal raises a question of first instance in this Court in respect of *The Land Titles Act*, R.S.O. 1970, c. 234, as amended. The question is whether an unregistered interest in land governed by the Act, and not being an overriding interest thereunder, may be asserted against a purchaser for value of the freehold of the land who obtains a transfer from the owner on the Land Titles register with actual notice of the unregistered interest. Grant J. held that the purchaser's title was subject to the unregistered interest, and this decision was affirmed by the Ontario Court of Appeal. I take a different view. In my opinion, notice, actual or constructive, of unregistered interests cannot qualify the title of a purchaser for value as shown on the register.

The unregistered interest in the present case, sought to be asserted against the appellant's free-

¹ (1973), 6 O.R. (2d) 199.

² (1974), 2 O.R. (2d) 279.

ment des art. 78(1) et (2), 79(1), 91 et 94 de *The Land Titles Act* que la connaissance d'un droit non enregistré ne peut porter atteinte au titre enregistré d'un acquéreur à titre onéreux qui le tient d'un propriétaire enregistré. Cette conclusion est renforcée par l'art. 85 en général et par son par. (5) en particulier.

[Distinction faite avec les arrêts: *Waimiha Sawmilling Company Limited, v. Waione Timber Company Limited*, [1926] A.C. 101; *Assets Co. Ltd. v. Mere Roihi et autres*, [1905] A.C. 176. Arrêts mentionnés: *Re Skill and Thompson* (1908), 17 O.L.R. 186; *John Macdonald & Co. Limited v. Tew* (1914), 32 O.L.R. 262; *Re Jung and Montgomery*, [1955] 5 D.L.R. 287; *Pitcher v. Shoebottom*, [1971] 1 O.R. 106; *Zbryski c. City of Calgary* (1965), 51 D.L.R. (2d) 54.]

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ rejetant un appel d'une décision du juge Grant² faisant droit à une demande pour être relevé d'une déchéance et reprendre possession des lieux. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin étant dissident.

D. T. Stockwood et *J. Ryan*, pour l'appelante.

P. S. A. Lamek et *D. J. T. Mungovan*, pour les intimées.

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Le présent pourvoi soulève devant cette Cour une question de première importance concernant la *Land Titles Act*, R.S.O. 1970, c. 234, et ses modifications. La question est de savoir si, en dehors des droits qui ont préséance sur le titre de tenure libre, un droit non enregistré sur un bien-fonds régi par la Loi peut être opposé à un acquéreur à titre onéreux auquel un transfert a été consenti par propriétaire inscrit au registre foncier, si cet acquéreur a une connaissance actuelle du droit non enregistré. Le juge Grant a décidé que le titre de l'acheteur était assujéti au droit non enregistré et sa décision a été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario. Je suis d'avis contraire. A mon avis, la connaissance, actuelle ou présumée, de droits non enregistrés ne peut porter atteinte au titre de l'acquéreur à titre onéreux inscrit au registre.

En l'espèce, le droit non enregistré que l'on cherche à faire valoir contre le titre de propriété de

¹ (1973), 6 O.R. (2d) 199.

² (1974), 2 O.R. (2d) 279.

hold title, is a leasehold which had an unexpired term exceeding three years at the time the appellant obtained its Land Titles transfer. As such it was not a protected or overriding interest under the Act. Section 51, item 4, makes registered land subject to any lease or agreement for a lease for a period yet to run that does not exceed three years where there is actual occupation under it. Hence, where the unexpired term exceeds three years, even if there is occupation under it, *The Land Titles Act* would seem to require registration of the leasehold interest if it is to be protected against the preclusive claim to the entire freehold interest by a registered transferee for value from the registered owner.

Why the respondent lessee, a large food chain, which had first become lessee of the land in 1935, did not register notice of its leasehold interest is unfathomable. It had access to competent legal advice no less than did the appellant. On the argument of the appeal, its counsel contended that, in the circumstances of the case, the admitted notice and knowledge by the appellant of the respondent's outstanding leasehold interest before purchasing the freehold made its purchase through a Land Titles transfer fraudulent when it sought, on the strength of the transfer, to dispossess the respondent. The basis of this contention by the respondent, a contention which was not raised in its original application to Grant J. for relief from forfeiture and reinstatement of its lease, lies in the course of negotiations between solicitors for the respective parties when the appellant was seeking to obtain a surrender of possession by the respondent concurrently with the carrying out of its intended purchase of the freehold. I would not be justified, on the record in this case, in coming to a conclusion that there had been a deliberate misleading of the respondent. The latter knew of the agreement for purchase of the freehold by the appellant and had ample opportunity to protect its interest. The respondent cannot improve its position by labelling actual notice as fraud. If its position is maintainable, it must be on the ground that *The Land Titles Act* does not defeat unregistered interests of which a subsequent purchaser for value has actual notice.

l'appelante est un bail qui ne devait venir à expiration que plus de trois ans après le moment où l'appelante a obtenu son transfert de propriété. Ce n'est donc pas un droit que la Loi protège ou auquel elle donne préséance. L'article 51, par. 4, assujettit les biens-fonds enregistrés à tout bail ou accord en vue d'un bail dont il ne reste pas à courir plus de trois ans et qui s'accompagne d'occupation réelle. En conséquence, quand l'échéance du terme excède trois ans et même s'il y a occupation, la *Land Titles Act* semble exiger l'enregistrement du droit de tenure à bail pour que celui-ci puisse être protégé contre les prétentions à la possession libre et entière du bien qu'un acquéreur à titre onéreux enregistré a acquis du propriétaire enregistré.

Il n'est pas possible de comprendre pourquoi la locataire intimée, grande chaîne de magasins d'alimentation dont le bail remontait à 1935, n'a pas fait enregistrer d'avis de son droit de tenure à bail. Elle disposait, tout aussi bien que l'appelante, de conseillers juridiques compétents. Au cours des plaidoiries en appel, son avocat a prétendu que, dans les circonstances, la connaissance que l'appelante admet avoir eue du bail en cours de l'intimée avant l'acquisition de la tenure libre rend cette acquisition par voie de transfert enregistré frauduleuse dès lors que, forte de ce transfert, elle a cherché à déposséder l'intimée. L'intimée fonde cette prétention, qu'elle n'avait toutefois pas soulevée devant le juge Grant dans sa requête originale pour être relevée de la déchéance et obtenir la reconduction de son bail, sur le déroulement des pourparlers entre les avocats respectifs des parties, alors que l'appelante cherchait en même temps à mener à bonne fin son projet d'acquisition de la tenure libre et à obtenir de l'intimée qu'elle renoncât à la possession. Le dossier de la présente affaire ne me permet pas d'en arriver à la conclusion qu'on a trompé délibérément l'intimée. Elle était au courant de l'entente passée par l'appelante en vue d'acquérir la tenure libre et elle a eu amplement occasion de protéger ses droits. L'intimée ne peut améliorer sa position en qualifiant de fraude la connaissance actuelle. Si sa position est soutenable, ce doit être sur le fondement que la *Land Titles Act* ne fait pas échec aux droits non enregistrés dont un acquéreur ultérieur à titre onéreux a actuellement connaissance.

I have had the advantage of seeing the reasons prepared by my brother Spence sustaining that proposition and affirming the judgments below. I agree with him on the other aspects of the present appeal which, of course, cease to be material if the appellant can succeed on the issue of notice.

We face here another instance of a temptation to construe a statute in the light of the common law, to qualify a statute by an equitable doctrine alien to the purpose (a clear purpose in the circumstances underlying its enactment) which the statute sought to achieve. Because notice of unregistered interests was not expressly excluded as a qualifying consideration, the integrity of the land titles register is shaken by the judgment in appeal, although the scheme and language of *The Land Titles Act* are, in my opinion, adequate enough to show the irrelevancy of such notice. A system of registration of title is treated, in respect of the effect of notice of unregistered interests, as if it were a system of registration of documents, such as exists under *The Registry Act*, R.S.O. 1970, c. 409, as amended, an Act now qualified by *The Certification of Titles Act*, R.S.O. 1970, c. 59, as amended.

If fairness from a common law standpoint was the dominant consideration, irrespective of legislative policy, irrespective of the circumstances which brought title registration systems into being, there could be less quarrel with the decision of the Courts below. We are not, however, concerned with the common law, but rather with a complete break from it through a choice of legislative policy reflected in some countries and in some Canadian Provinces by adoption of the Torrens system, and in England and Ontario by the adoption of a related system of title registration.

The Ontario *Land Titles Act*, first enacted by 1885 (Ont.), c. 22 is modelled not on the Torrens system, which got its start in South Australia in 1857, but on the English *Land Transfer Act*, 1875 (U.K.), c. 87. There had been a Royal Commission

J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue le juge Spence, dans lesquels il accueille cette thèse et confirme les décisions des premiers juges. Je suis d'accord avec lui sur les autres aspects du présent pourvoi qui, évidemment, cessent d'être pertinents si l'appelante peut avoir gain de cause sur la question de la connaissance.

Nous voici encore devant un cas où l'on est tenté d'interpréter une loi à la lumière de la *common law* et d'en restreindre la portée en recourant à une théorie d'*equity* étrangère au but poursuivi par cette loi, but qui est pourtant clair dans les circonstances où elle a été adoptée. Parce que l'exception de la connaissance des droits non enregistrés n'a pas été expressément écartée, l'intégrité du registre foncier est ébranlée par le jugement porté en appel, même si l'économie et le libellé de la *Land Titles Act* suffisent, à mon avis, à démontrer que la connaissance des droits non enregistrés est sans effet. Un système d'enregistrement des titres de biens-fonds est traité, à l'égard de l'effet de la connaissance des droits non enregistrés, comme s'il s'agissait d'un système d'enregistrement d'actes, comme celui qui existe en vertu de la *Registry Act*, R.S.O. 1970, c. 409, et modifications, Loi dont la portée est maintenant modifiée par la *Certification of Titles Act*, R.S.O. 1970, c. 59, et modifications.

Si l'équité dans la perspective de la *common law* était la considération dominante, abstraction faite de toute politique législative, abstraction faite des circonstances qui ont présidé à la création des systèmes d'enregistrement des titres de biens-fonds, il pourrait y avoir moins à redire aux décisions des tribunaux d'instance inférieure. Toutefois, ce n'est pas de la *common law* qu'il s'agit, mais bien d'une rupture complète avec elle, résultant d'une politique législative délibérée qui s'est traduite dans certains pays et dans certaines provinces canadiennes par l'adoption du système Torrens et, en Angleterre et en Ontario, par l'adoption d'un système apparenté d'enregistrement des titres de biens-fonds.

La *Land Titles Act* de l'Ontario, édictée pour la première fois en 1885 (Ont.), c. 22, n'a pas pour modèle le système Torrens qui naquit en Australie-Méridionale en 1857, mais la *Land Transfer Act* anglaise, 1875 (U.K.), c. 87. Il y avait eu, en

on Registration of Title in England which reported in 1857 but this report, although adopted by Parliament, was not carried out in ensuing legislation, the *Land Registry Act*, 1862 (U.K.), c. 53. Why this Act failed and was supplanted by a new Act in 1875 is briefly told in Curtis and Ruoff, *Registered Conveyancing* (2d ed. 1965), at pp. 5-6:

... Unfortunately, however, the 1862 Act did not apply the principles elaborated by the Commissioners. The system established by parliament attempted to achieve perfection. The disregard of what was practicable brought about a failure so catastrophic that, only four years after the passing of the Act, a Royal Commission was set up to inquire into the reasons for it. This Commission reported in 1870 that the failure of the registration system could be attributed to three fundamental departures from the principles advocated by the Royal Commission of 1857. They were:

(1) That the title shown to land before it could be registered must be impeccable, with all technical imperfections cured and that the registrar had no discretion to ignore blemishes which were of no practical consequence;

(2) That the boundaries of every piece of land had to be determined to the last inch by notice to adjoining owners and that this caused disputes over trifles and great expense and delay;

(3) That partial interests, such as life interests, must be registered instead of confining the register to the ownership of the entirety and that this prevented the register from simplifying titles.

As a result of this report, a further Act was passed in 1875. This Act practically repealed the 1862 Act and established a new registry, which is in fact the Land Registry of today, with an entirely different system of registration modelled, this time, on the recommendations of the Royal Commission of 1857. Under this new system the registrar was given a wide discretion as to the titles he might accept for registration and power to hear and determine objections instead of having to refer them to the court. It was no longer necessary to fix the boundaries of properties down to the last inch and registration was confined to the ownership of the full legal freehold or leasehold estate in the land.

The 1857 Report, an extensive canvass of the considerations supporting a title registration

Angleterre, une Commission royale sur l'enregistrement des titres de biens-fonds qui avait déposé son rapport en 1857, mais celui-ci, quoiqu'adopté par le Parlement, ne fut pas mis en œuvre par la législation qui s'ensuivit, la *Land Registry Act*, 1862 (U.K.), c. 53. Les raisons de l'échec de cette loi et de son remplacement en 1875 sont brièvement exposées dans Curtis et Ruoff, *Registered Conveyancing* (2^e éd. 1965), aux pp. 5 et 6:

[TRADUCTION] ... Malheureusement, cependant, la Loi de 1862 ne mit pas en œuvre les principes posés par les commissaires. Le système adopté par le Parlement chercha à atteindre la perfection. Ce mépris des réalités pratiques aboutit à des résultats si catastrophiques que, quatre ans seulement après le vote de la Loi, une Commission royale fut constituée pour en étudier les causes. Déposé en 1870, le rapport de cette Commission attribua la faillite du système d'enregistrement à trois entorses fondamentales aux principes défendus par la Commission royale de 1857, à savoir

1) qu'avant de pouvoir être enregistré, le titre de propriété devait être impeccable, purgé de toute imperfection de forme et que le conservateur n'était pas libre de passer outre aux défauts sans conséquence pratique;

2) que les limites de chaque parcelle de terrain devaient être déterminées au pouce près par avis aux propriétaires voisins, ce qui entraînait des discussions sur des vétilles ainsi que des pertes de temps et d'argent considérables;

3) que les droits partiels, comme les droits viagers, devaient être enregistrés au lieu de limiter le registre à la propriété de la totalité, ce qui empêchait celui-ci de réaliser la simplification des titres.

A la suite de ce rapport, une autre loi fut passée en 1875. Cette loi abrogeait pratiquement celle de 1862 et instaurait un nouveau registre qui, en fait, est notre registre foncier actuel, selon un système d'enregistrement entièrement différent et modelé, cette fois, sur les recommandations de la Commission royale de 1857. En vertu de ce nouveau système, le conservateur avait un grand pouvoir discrétionnaire à l'égard des titres dont il pouvait accepter l'enregistrement ainsi que le pouvoir d'entendre et de trancher les objections sans avoir à en saisir un tribunal. Il n'était plus nécessaire de fixer les limites des propriétés au pouce près et l'enregistrement était confiné à la propriété des pleines tenures régulières, libres ou à bail, sur les biens-fonds.

Le rapport de 1857, qui expose de façon détaillée les avantages d'un système d'enregistrement de

system as opposed to a system of registration of deeds or documents, was one of a series of inquiries into real property problems which had earlier come under examination by the Real Property Commissioners in reports of 1829 and 1830. The Report of 1857 considered, *inter alia*, the question of notice of unregistered interests and said this about it (in para. 73):

“We propose that fraud in obtaining a transfer of the registered ownership shall defeat the title of the person who becomes registered owner by fraud, but that notice of unregistered rights shall not merely as notice have any such effect. We think that though the purchaser in the course of his inquiries, or before he concludes the purchase, has notice of any claims upon the estate, it will not be unjust to deprive the parties interested in such claims of their rights in favour of such purchaser, if their rights are not protected upon the register. We do not agree that any attempt to exclude the application of the doctrine of notice would prove abortive. We are aware that it has been said that the judges would, notwithstanding any law to the contrary, in the course of time contrive some means of neutralising any enactment which went to exclude the doctrine of notice, just as our Courts of old contrived to prevent the Statute of Uses having the effect intended by the legislature; and that to abolish the doctrine of notice altogether would be contrary to every principle of justice and equity. After full consideration, however, we cannot adopt these views, but, on the contrary, we concur generally in the reasons adduced by the Real Property Commissioners in their Second Report (pp. 37-40), in favour of excluding the interference of Courts of equity on the ground of notice.”

The reference in this passage to what the Real Property Commissioners had to say in their Second Report, made in 1830, is a reference to the following observations of those Commissioners:

The reasons in favour of excluding the interference of Courts of Equity on the ground of notice, may be thus stated.

If the public good require that a purchaser, to have the protection of the Law, should comply with a form, and that form be made simple and easy, a purchaser omitting the form has no just ground of complaint that the protection is not given. If the omission were not wilful, he should still blame only his own want of care, or that of his agents. It is greatly for the public good, that civil rights should be capable of being ascertained without difficulty, and for this purpose the Law on

titres sur un système d'enregistrement d'actes ou de documents, fait partie d'une série d'enquêtes sur les problèmes fonciers qui avaient été étudiés plus tôt par les Commissaires à la propriété foncière, dans des rapports de 1829 et 1830. Le rapport de 1857 étudie notamment la question de la connaissance de droits non enregistrés et en traite en ces termes (par. 73):

[TRADUCTION] «Nous proposons que la fraude dans l'obtention d'un transfert enregistré vicie le titre de la personne qui, par fraude, devient propriétaire enregistré, mais que la connaissance de droits non enregistrés ne puisse, comme telle, avoir cet effet. Nous pensons que, bien que l'acheteur puisse, en se renseignant ou avant la conclusion de la vente, apprendre l'existence de droits grevant la tenure, il ne serait pas injuste de priver les parties intéressées de ces droits si ceux-ci ne sont pas protégés au vu du registre. Nous ne croyons pas que toute tentative d'exclure l'application de la doctrine de la connaissance soit vouée à l'échec. Nous n'ignorons pas qu'on a dit que, nonobstant toute loi contraire, les juges finiraient toujours par trouver le moyen de neutraliser une disposition visant à exclure cette doctrine, comme nos cours l'ont fait autrefois pour empêcher le «*Statute of Uses*» de produire les effets voulus par le législateur; et que l'abolition de la doctrine de la connaissance serait absolument contraire aux principes de justice et d'équité. Après mûre réflexion toutefois, nous ne pouvons adopter ce point de vue et, au contraire, nous approuvons dans leur ensemble les raisons qui ont conduit les Commissaires à la propriété foncière, dans leur second rapport (aux pp. 37-40), à interdire aux cours d'*equity* d'intervenir sur le fondement de la connaissance.»

Le passage du second rapport, daté de 1830, des Commissaires à la propriété foncière, auquel il est fait allusion, est le suivant:

[TRADUCTION] Les raisons qui militent en faveur de l'exclusion de l'intervention des cours d'*equity* sur le fondement de la connaissance peuvent se résumer ainsi:

Si l'intérêt public exige que, pour être juridiquement protégé, un acheteur doive respecter certaines formes et que celles-ci soient simples et faciles, l'acheteur qui ne les respecte pas ne peut pas se plaindre à bon droit de n'être pas protégé. Si l'omission n'est pas délibérée, il doit encore ne s'en prendre qu'à lui-même ou à ses mandataires. Il est vraiment d'intérêt public que les droits privés soient susceptibles d'être constatés sans difficultés et que le droit soit à cette fin aussi général

which they depend should as far as possible be general, and not varying in different circumstances, which would lead to mistakes; they should be supported by evidence, not open to doubt, and as little as possible exposed to falsification. For these reasons, it has been thought necessary in most Countries to require the title of land to be proved by written documents, and thereby prevent attempts to enforce pretended claims by parol testimony or circumstantial evidence. A registered title possesses the advantages of certainty and security in a high degree, but they will be impaired, if preference be given to an unregistered over a registered deed, on the ground of notice. The fact of notice will in every case be possible and in many probable; there will be a temptation therefore to the unregistered claimant to commence a suit, in the hope that the other claimant may confess notice, or circumstances from which it may be implied; and there may also be a temptation to support the suit so commenced by false evidence.

The mischiefs of letting in constructive notice have been so strongly felt, that some Equity Judges have held it excluded under the present Registry Acts; but no provision which can be made for denying effect to constructive notice will be effectual, because the distinction between actual and constructive notice cannot be defined, and must therefore often fail to be justly drawn either by a Court or a Jury; and cases of individual hardship might lead to a course of decisions which would encroach on the spirit of the Act, and impair its benefits. . . .

The exclusion of interference on the ground of notice will very rarely prevent the jurisdiction of a Court of Equity, in case of actual fraud. In all cases in which priority may be given to a registered over an unregistered deed by means of fraud, although notice must be one of the ingredients to prove the existence of the fraud, there will usually be other circumstances by which, independently of the notice, a fraudulent intention will be manifested. Any conspiracy or improper conduct, for preventing or impeding the registration of one deed in order to give effect to another, may always be avoided as fraudulent; and in other cases, fraud will be shown by inadequacy of price, or the circumstances under which the subsequent deed was executed. Where a party suffers from his own negligence, or from not requiring a caveat, which would have protected him against any superior activity in another, he will have relied upon confidence in the parties instead of the protection afforded by the Law, and will have no just cause of complaint.

que possible et qu'il ne varie pas au gré des circonstances, ce qui conduirait à des erreurs. La preuve de ces droits doit être indubitable et, autant que possible, à l'abri de toute falsification. C'est pour cette raison que dans de nombreux pays, on a jugé nécessaire d'exiger une preuve écrite des titres fonciers pour prévenir ainsi toute prétention à établir des droits par témoignages ou présomptions de fait. Les avantages éminents d'un titre enregistré sont la certitude et la sécurité, mais ils seront très diminués si, sur le fondement de la connaissance, préférence est donnée à des actes non enregistrés sur des actes enregistrés. Le fait de la connaissance, préférence est donnée à des actes non enregistrés sur des actes enregistrés. Le fait de la connaissance sera, dans tous les cas, possible et, dans beaucoup, probable; il sera alors tentant pour le titulaire non enregistré d'intenter une poursuite, dans l'espoir que l'autre titulaire confesse sa connaissance ou des circonstances dont elle puisse être déduite; et il peut aussi être tentant d'appuyer l'action ainsi commencée par une preuve mensongère.

Les méfaits du maintien de la connaissance présumée ont été si vivement ressentis que certains juges *à equity* l'ont jugée exclue par les *Registry Acts* actuelles; mais aucune disposition destinée à retirer son effet à cette connaissance ne sera efficace, car la distinction entre la connaissance actuelle et la connaissance présumée ne peut être définie et les jurys ou les tribunaux manqueront donc souvent de le faire avec justesse; et la dureté de certains cas particuliers pourrait susciter une jurisprudence qui entamerait l'esprit de la Loi et en diminuerait les avantages . . .

L'exclusion de toute intervention des cours *d'equity* sur le fondement de la connaissance les empêchera très rarement d'exercer leur compétence en cas de fraude réelle. Dans tous les cas où priorité pourrait être donnée frauduleusement à un acte enregistré sur un acte non enregistré, bien que la connaissance doive être un des éléments de la preuve de l'existence de la fraude, il y aura habituellement d'autres circonstances qui, indépendamment de la connaissance, révéleront l'intention frauduleuse. Toute conspiration ou conduite malhonnête destinée à empêcher ou entraver l'enregistrement d'un acte au profit d'un autre, peut toujours être sanctionnée comme frauduleuse; et dans d'autres cas, la fraude se verra à l'insuffisance du prix ou aux circonstances dans lesquelles l'acte subséquent a été passé. Quand une partie a à souffrir de sa propre négligence ou de n'avoir pas exigé une mise en garde qui l'aurait protégée contre toute activité supérieure à une autre, c'est qu'elle s'en sera remise à la confiance entre parties plutôt qu'à la protection accordée par la loi et elle n'aura pas de juste motif de se plaindre.

The key sections of the Ontario Act of 1885, following the text of similar sections in the English Act of 1875, were ss. 35, 38, 54(1)(2)(3) and 99. These sections (which, in the present Act, are respectively ss. 91, 94, 75, 78(1) (the original 54(3)) and 174) read as follows:

35. A transfer for valuable consideration of land registered with an Absolute title shall, when registered, confer on the transferee an estate in fee simple in the land transferred, together with all rights, privileges, and appurtenances belonging or appurtenant thereto, subject as follows:—

- (1) To the incumbrances, if any, entered on the register; and
- (2) To such liabilities, rights, and interests, if any, as are by this Act declared for the purposes of the Act not to be incumbrances (unless the contrary is expressed on the register),

But free from all other estates and interests whatsoever, including estates and interests of Her Majesty, her heirs and successors, which are within the legislative jurisdiction of this Province.

38. A transfer of land registered under this Act, made without valuable consideration shall, so far as the transferee is concerned, be subject to any unregistered estates, rights, interests, or equities subject to which the transferor held the same; but, save as aforesaid, shall, when registered, in all respects, and in particular as respects any registered dealings on the part of the transferee, have the same effect as a transfer of the same land for valuable consideration.

54. (1) The registered owner alone shall be entitled to transfer or charge registered land by a registered disposition.

(2) But, subject to the maintenance of the estate and right of such owner, any person, whether the registered owner or not of any registered land, having a sufficient estate or interest in the land, may create estates, rights, interests and equities in the same manner as he might do if the land were not registered.

(3) And any person entitled to or interested in any unregistered estates, rights, interests, or equities in registered land may protect the same from being impaired by any act of the registered owner, by entering on the register such notices, cautions, inhibitions, or other restrictions as are in this Act in that behalf mentioned.

Les articles-clés de la Loi ontarienne de 1885, qui suivent le texte des articles correspondants de la Loi anglaise de 1875, sont les art. 35, 38, 54(1), (2) et (3) et 99. Ces articles (qui, dans la Loi actuelle, sont respectivement les art. 91, 94, 75, 78(1) (originellement 54(3)) et 174) se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 35. Lorsqu'il est enregistré, le transfert à titre onéreux d'un bien-fonds enregistré avec un titre exclusif confèrera à l'acquéreur une tenure en propriété absolue sur le bien-fonds transféré, ainsi que tous droits, privilèges et dépendances qui lui appartiennent ou en dépendent, sous réserve de ce qui suit:—

- (1) des charges, s'il en est, inscrites au registre; et
- (2) des obligations, droits et intérêts, s'il en est, déclarés ne pas être des charges pour les fins de la présente loi (à moins que le contraire ne soit exprimé au registre),

mais libre de toutes tenures et autres droits quels qu'ils soient, y compris les tenures et autres droits de Sa Majesté, ses héritiers et successeurs, qui relèvent de la compétence législative de cette province.

38. Le transfert sans contrepartie d'un bien-fonds enregistré en vertu de la présente loi se fera, en ce qui concerne l'acquéreur, sous réserve de toutes tenures, droits, intérêts ou charges sous réserve desquels le cédant le détenait lui-même; mais, sauf ce qui a été dit ci-dessus, quand il a été enregistré, il aura à tous égards, et en particulier à l'égard de toutes transactions enregistrées conclues par l'acquéreur, le même effet qu'un transfert du même bien-fonds à titre onéreux.

54. (1) Seul le propriétaire enregistré peut, par acte de disposition enregistré, transférer ou grever un bien-fonds enregistré.

(2) Mais, sous réserve du maintien de la tenure et des droits de ce propriétaire, toute personne, qu'elle soit ou non propriétaire enregistré d'un bien-fonds enregistré, qui a un droit suffisant de tenure ou autre sur le bien-fonds, peut constituer des droits de tenure et autres de la même manière qu'elle pourrait le faire si le bien-fonds n'était pas enregistré.

(3) Et toute personne ayant un titre légitime à des droits de tenure ou autres non enregistrés sur un bien-fonds enregistré ou qui y possède un intérêt peut protéger lesdits droits contre tout acte du propriétaire enregistré en faisant inscrire dans le registre tous avis, mises en garde, interdictions ou réserves autorisés par la présente loi.

99. Subject to the provisions in this Act contained with respect to registered dispositions for valuable consideration, any disposition of land or of a charge on land which if unregistered would be fraudulent and void, shall, notwithstanding registration, be fraudulent and void in like manner.

The purpose disclosed in these provisions to make the register the sole "mirror" of title and to "curtain" off any unregistered interests regardless of notice (the terms in quotation marks come from Ruoff, *An Englishman Looks at the Torrens System* (1957), at p. 8) was fortified by an amendment in 1893 (Ont.), c. 22, s. 11 enacting what is now s. 79(1) of the Act. The original s. 54(3), now s. 78(1), was also fortified by 1972 (Ont.), c. 132, s. 18 by adding s. 78(2). The importance of ss. 78 and 79(1) in the light of s. 91 makes it desirable that I should set them out in full, and they are as follows:

78. (1) Any person entitled to or interested in any unregistered estates, rights, interests or equities in registered land may protect the same from being impaired by any act of the registered owner by entering on the register such notices, cautions, inhibitions or other restrictions as are authorized by this Act or by the director of titles.

(2) Where a notice, caution, inhibition or restriction is registered, every registered owner of the land and every person deriving title through him, excepting owners of encumbrances registered prior to the registration of such notice, caution, inhibition or restriction, shall be deemed to be affected with notice of any unregistered estate, right, interest or equity referred to therein.

79. (1) No person, other than the parties thereto, shall be deemed to have any notice of the contents of any instruments, other than those mentioned in the existing register of title of the parcel of land or that have been duly entered in the books of the office kept for the entry of instruments received or are in course of entry.

Section 51 of the present Act lists the overriding interests, as for example, taxes, existing easements, dower, certain leasehold interests as previously mentioned, and rights of expropriation, to which

99. Sous réserve des dispositions de la présente loi relatives aux actes de disposition à titre onéreux enregistrés, tout acte de disposition d'un bien-fonds ou d'une charge grevant un bien-fonds qui, en l'absence d'enregistrement, serait frauduleux et nul le demeurera nonobstant l'enregistrement.

Le but visé par ces dispositions, de faire du registre le seul «miroir» du titre et de faire «tomber le rideau» sur les droits non enregistrés sans égard à la connaissance (les expressions entre guillemets sont de Ruoff, *An Englishman Looks at the Torrens System* (1957), à la p. 8) a été renforcé par une modification législative en 1893 (Ont.), c. 22, art. 11, édictant ce qui est maintenant le par. 79(1) de la Loi. Le paragraphe 54(3) originaire (par. 78(1) actuel) a été également renforcé en 1972 (Ont.), c. 132, art. 18, par l'addition du par. 78(2). L'importance de l'art. 78 et du par. 79(1) à la lumière de l'art. 91 est telle qu'il est désirable que je les cite intégralement:

[TRADUCTION] 78. (1) Toute personne ayant un titre légitime à des droits de tenure ou autres non enregistrés sur un bien-fonds enregistré ou qui y possède un intérêt, peut protéger lesdits droits contre tout acte du propriétaire enregistré en faisant inscrire dans le registre tous avis, mises en garde, interdictions ou réserves autorisés par la présente loi ou le directeur de l'enregistrement.

(2) Lorsqu'un avis, mise en garde, interdiction ou réserve est enregistré, tout propriétaire enregistré du bien-fonds ainsi que toute personne qui tient un titre de lui, à l'exception des détenteurs de charges enregistrées avant l'enregistrement de cet avis, mise en garde, interdiction ou réserve, sont censés être touchés par l'avis de tous droits de tenure ou autres non enregistrés qui y sont mentionnés.

79. (1) Nul, en dehors des parties intéressées, n'est présumé avoir une connaissance quelconque du contenu d'un acte, à part celui qui est indiqué sur le registre existant du titre de la parcelle de terrain, ou qui a été dûment inscrit sur les registres tenus par le bureau aux fins d'enregistrer les actes reçus, ou qui est en voie d'enregistrement.

L'article 51 de la présente Loi énumère les droits qui ont préséance comme, par exemple, les taxes, les servitudes existantes, le douaire, certains droits de bail comme on l'a déjà mentionné, et les

registered land may be subject, and s. 52 expresses the position as to title upon the first registration of ownership. Section 52 reads as follows:

52. The first registration of a person as owner of land, in this Act referred to as first registered owner with an absolute title, vests in the person so registered an estate in fee simple in the land, together with all rights, privileges and appurtenances, free from all estates and interests whatsoever, including estates and interests of Her Majesty, that are within the legislative jurisdiction of Ontario, but subject to the following:

1. The encumbrances, if any, entered on the register.
2. The liabilities, rights and interests that are declared for the purposes of this Act not to be encumbrances, unless the contrary is expressed on the register.
3. Where the first registered owner is not entitled for his own benefit to the land registered, then as between him and any persons claiming under him, any unregistered estates, rights, interests or equities to which such person may be entitled.

From its beginning, the Act provided and still provides for the registration of charges (an updated designation of the mortgage) and for protecting claimed interests in registered land by the registration of a caution: see ss. 26 and 58 of the original Act, now ss. 98 and 143. The Master of Titles plays, of course, a key role in the administration of the Act, and there is an assurance fund to back up what is in effect a government guarantee of the title as shown on the register. Registration is not automatic, but must pass administrative scrutiny and be in compliance as to required forms and otherwise with the prescriptions of the Act.

I do not need to descend into further detail as to the provisions of the Act to support my view that notice of an unregistered interest by a purchaser for value who buys the title as shown on the register cannot qualify that title. This appears to have been the view taken also of the English *Land Transfer Act*, 1875 by virtue of s. 49 thereof, the equivalent of s. 75 of the Ontario Act (which was originally s. 54(1)(2) and is quoted above): see 24 Halsbury (1st ed. 1912), at p. 320, s. 591. No

droits d'expropriation, auxquels le bien-fonds peut être assujéti, et l'art. 52 indique la portée du titre lors du premier enregistrement de propriété. L'article 52 se lit comme suit:

[TRADUCTION] 52. Le premier enregistrement d'une personne comme propriétaire du bien-fonds, appelée dans la présente loi premier propriétaire enregistré avec titre exclusif, confère à la personne ainsi enregistrée une tenure en propriété absolue sur le bien-fonds, ainsi que tous droits, privilèges et dépendances, libre de toutes tenures et autres droits quels qu'ils soient, y compris les tenures et autres droits de Sa Majesté, qui relèvent de la compétence législative de l'Ontario, mais à l'exception de ce qui suit:

1. les charges, s'il en est, inscrites au registre;
2. les obligations, droits et intérêts qui sont déclarés ne pas être des charges pour les fins de la présente loi, à moins que le contraire ne soit exprimé au registre;
3. quand le titre du propriétaire enregistré sur le bien-fonds n'est pas établi à son profit dans les rapports du propriétaire avec toute personne invoquant un droit sous son couvert, toutes tenures ou autres droits non enregistrés auxquels cette personne a un titre légitime.

Depuis le début, la Loi a prévu l'enregistrement des charges (désignation moderne incluant l'hypothèque) et la protection des droits invoqués sur un bien-fonds au moyen de l'enregistrement d'une mise en garde: voir les art. 26 et 58 de la Loi originaire, art. 98 et 143 actuels. Le contrôleur des titres joue évidemment un rôle essentiel dans la mise en œuvre de la Loi et il existe un fonds d'assurance pour couvrir ce qui est en fait une garantie gouvernementale du titre qui figure au registre. L'enregistrement n'est pas automatique: il doit subir un contrôle administratif et satisfaire aux formes requises et, de façon générale, aux exigences de la Loi.

Je n'ai pas besoin d'examiner plus en détail les dispositions de la Loi pour appuyer mon point de vue selon lequel la connaissance que l'acquéreur a d'un titre onéreux du titre qui figure au registre a d'un droit non enregistré, ne peut affecter ce titre. Il semble que ce soit la position également adoptée par la *Land Transfer Act* anglaise de 1875 dans son art. 49, qui est l'équivalent de l'art. 75 de la Loi ontarienne (qui était originairement l'art. 54(1) et (2) cité plus haut): voir 24 Halsbury (1^{re}

doubt the Legislature could have added to what it said about the primacy of the register by referring even more expressly to notice than it did in ss. 78 and 79, as was done in England in the revision of its title registration legislation by the *Land Registration Act*, 1925 (U.K.), c. 87, s. 59(6) and as is the case in Torrens system legislation but that, in my view, would have merely exaggerated an existing sufficiency.

To repeat myself, I am unable to appreciate how there can be any escape from the force of ss. 52 and 91 of the present Act which constitute a code as to the title that is acquired upon first registration and upon a transfer on the register. The supporting provisions, especially ss. 75, 78 and s. 79(1), show that registration is the method of obtaining protection of claimed interests in registered land and that only fraud is an external qualifying consideration.

In one respect, the English *Land Registration Act* gives protection to unregistered interests which is given in only a limited fashion by the Ontario *Land Titles Act*, and that is protection for the "rights of every person in actual occupation of the land or in receipt of the rents and profits thereof" unless the rights are not disclosed upon inquiry. As Megarry and Wade, *The Law of Real Property* (4th ed. 1975), say, at p. 1066, "equitable owners in possession even though they have not lodged cautions or other entries in the register [are safeguarded and protected] even when their occupation is not obvious to a purchaser"; and, again, "a tenant in possession of registered land under a mere agreement for a lease, for example, or who has an option to renew the lease or to purchase the freehold will be in no danger of losing his rights to a later purchaser, if, as will often happen, he fails to protect his rights by entry on the register". Such a provision in the Ontario Act would have protected the respondent in the present case, and it is worth considering its introduction into that Act.

éd. 1912), à la p. 320, art. 591. Sans aucun doute, la Législature aurait pu ajouter à ce qu'elle a dit de la primauté du registre en se référant à la connaissance plus expressément qu'elle ne l'a fait aux art. 78 et 79. C'est ce qu'on a fait en Angleterre lors de la révision de la législation sur l'enregistrement foncier, par la *Land Registration Act* de 1925 (U.K.), c. 87, par. 59(6) et c'est le cas dans la législation du système Torrens; mais, à mon avis, cela n'aurait fait que mettre l'accent sur ce qui était déjà suffisamment exprimé.

Au risque de me répéter, je n'arrive pas à voir comment on peut échapper aux art. 52 et 91 de la Loi actuelle qui codifient ce qui a trait au titre acquis lors d'un premier enregistrement et lors d'un transfert opéré sur la foi du registre. Les dispositions secondaires, particulièrement les art. 75, 78 et le par. 79(1), montrent que l'enregistrement est la méthode de protection des droits invoqués sur un bien-fonds enregistré et que la fraude est le seul facteur extérieur qui puisse être pris en considération.

Sur un point, la *Land Registration Act* anglaise accorde aux droits non enregistrés une protection qui n'est accordée que de façon limitée par la *Land Titles Act* de l'Ontario: il s'agit de la protection des [TRADUCTION] «droits de toute personne qui occupe réellement le bien-fonds ou en perçoit les loyers et fruits» à moins que ces droits ne se révèlent pas à la recherche. Comme le disent Megarry et Wade, *The Law of Real Property* (4^e éd. 1975), à la p. 1066 [TRADUCTION] «des propriétaires en *equity* qui sont en possession, même s'ils n'ont pas fait enregistrer la mise en garde ou autre avertissement [sont sauvegardés et protégés] même quand leur occupation n'est pas évidente pour l'acquéreur»; et aussi, [TRADUCTION] «celui qui occupe un bien-fonds enregistré en vertu d'un simple contrat de bail, par exemple, ou qui a une option de renouvellement de bail ou d'achat de la tenure libre ne sera nullement menacé de perdre ses droits aux mains d'un acquéreur ultérieur si, comme cela arrive souvent, il omet de protéger ses droits par une inscription au registre». Une telle disposition dans la Loi ontarienne aurait protégé l'intimée dans la présente affaire et son introduction dans la Loi mérite considération.

A good deal of argument was addressed by counsel for the parties to Torrens system case law. The main value of the cited cases for the present case is the dissociation of notice and fraud, the rejection of the notion that a person with notice of an unregistered interest can be charged with fraud: see, for example, the Australian case of *Friedman v. Barrett*³. The importance of the distinction is underlined in Torrens system legislation by the express exclusion of notice and by making fraud an exception to the integrity of the register. In some jurisdictions, the legislature has gone further by providing that knowledge of an unregistered interest was not itself to be imputed as fraud. Such a provision existed in the New Zealand *Land Transfer Act*, 1915, which was considered by the Privy Council in *Waimiha Sawmilling Co. v. Waione Timber Co.*⁴, but was not part of the Queensland legislation which came under examination in *Friedman v. Barrett*. Its absence did not, however, dissuade the Courts from distinguishing mere notice from fraud and from protecting the registered owner against an unregistered claim of an interest of which he had notice. Cases on this question go back to the pioneer judgment of the Privy Council in *Assets Ltd. v. Mere Roihi*⁵ at p. 210.

Fraud is, of course, an exception to the integrity of the register under the Ontario Act (see s. 174), but since this Court is agreed that the respondent has not made out a case of fraud, there is only the question of notice to consider, a question which the respondent contends must be answered in its favour because, despite what the various provisions of the Act referred to in these reasons may indicate, notice has not been expressly excluded under the Ontario Act as it is under Torrens system legislation.

The respondent points to such express exclusion in the New Zealand legislation which was before

³ [1962] Qd. R. 498.

⁴ [1926] A.C. 101.

⁵ [1905] A.C. 176.

Une bonne partie de l'argumentation des avocats des parties a porté sur la jurisprudence relative au système Torrens. L'apport principal de la jurisprudence citée à la présente cause est la dissociation de la connaissance et de la fraude, le rejet de l'idée qu'une personne qui a connaissance d'un droit non enregistré puisse être accusée de fraude: voir, par exemple, l'affaire australienne *Friedman v. Barrett*³. Les législations adoptant le système Torrens soulignent l'importance de cette distinction en excluant expressément la connaissance et en faisant de la fraude une exception à l'intégrité du registre. Dans certains pays, le législateur est allé plus loin en disposant que la connaissance d'un droit non enregistré n'était pas en elle-même imputable comme fraude. Une telle disposition existait dans la *Land Transfer Act* de Nouvelle-Zélande de 1915 appliquée par le Conseil privé dans l'arrêt *Waimiha Sawmilling Co. v. Waione Timber Co.*⁴, mais ne faisait pas partie de la législation du Queensland étudiée dans l'affaire *Friedman v. Barrett*. Son absence n'a cependant pas empêché les tribunaux de distinguer la simple connaissance de la fraude et de protéger le propriétaire enregistré contre un droit non enregistré dont il avait connaissance. Le point de départ de la jurisprudence sur la question se trouve dans le jugement rendu par le Conseil privé dans l'affaire *Assets Ltd. v. Mere Roihi*⁵, à la page 210.

La fraude constitue évidemment une exception à l'intégrité du registre en vertu de la Loi ontarienne (voir l'art. 174), mais puisque notre Cour en est arrivée à la conclusion que l'intimée n'a pas prouvé de fraude, la seule question à considérer est celle de l'effet de la connaissance. L'intimée prétend que cette question doit être tranchée en sa faveur parce qu'en dépit des indications fournies par les diverses dispositions de la Loi auxquelles je me suis référé dans ces motifs, la Loi ontarienne, à la différence des législations adoptant le système Torrens, n'a pas exclu expressément l'effet de la connaissance.

L'intimée souligne qu'une telle exclusion était expressément prévue dans la législation néo-zélan-

³ [1962] Qd. R. 498.

⁴ [1926] A.C. 101.

⁵ [1905] A.C. 176.

the Privy Council in the *Waimiha Sawmilling* case, *supra*, a case upon which the appellant relied. The reliance was based on the fact that the Judicial Committee, in its reasons upholding the title of a registered purchaser as being free from an unregistered agreement of which it had notice, appeared to proceed on the strength of that provision of the New Zealand statute which was comparable to s. 91 of the Ontario Act. Its only reference to the New Zealand provision, which was s. 197, excluding notice was to that part of it which stated that knowledge of the existence of an unregistered interest was not itself to be imputed as fraud. However, the whole of s. 197 was quoted, and I agree with the respondent that the appellant cannot draw much comfort from the *Waimiha Sawmilling* case.

This does not mean, in my view, that there is necessarily a gap in the Ontario Act. We are dealing with different albeit related systems of title registration, and I do not think that the presence of an express provision in Torrens system legislation is evidence of a gap in the Ontario Act or, indeed, in the comparable English legislation of 1875. Especially is this so when the consequence is said to be the importing of a doctrine which denies the central policy of the Ontario Act. Of course, an express exclusion of notice as a qualifying consideration in respect of title as shown on the register might have obviated this litigation, but so too would registration of notice of its lease by the respondent pursuant to s. 115 of the Ontario *Land Titles Act*.

So much for legislative history and for the legislation itself. I wish to deal now with such case law as there is on the question at issue. The reasons of the Ontario Court of Appeal in the present case are the only reported reasons of an Ontario appellate court holding that previous notice of an unregistered interest may qualify the title of a purchaser for value acquired by a transfer from the owner as shown on the register. Yet those reasons, subject to a matter to be mentioned in a moment, merely rest

dise que le Conseil privé avait à appliquer dans *Waimiha Sawmilling*, précité, arrêt sur lequel s'est appuyée l'appelante. Cette dernière se fonde sur le fait que le Comité judiciaire, dans les motifs pour lesquels il a estimé que le titre d'un acquéreur enregistré n'était pas vicié par un contrat non enregistré dont il avait eu connaissance, paraît s'appuyer sur une disposition de la loi néo-zélandaise comparable à l'art. 91 de la Loi ontarienne. La disposition néo-zélandaise qui excluait l'effet de la connaissance était l'art. 197 et le Comité ne s'est référé qu'au passage qui disposait que la connaissance de l'existence d'un droit non enregistré n'était pas en elle-même imputable comme fraude. Toutefois, l'art. 197 a été cité en entier et je suis d'accord avec l'intimée que l'appelante ne peut pas tirer grand argument de *Waimiha Sawmilling*.

Cela ne signifie pas, à mon avis, qu'il y ait nécessairement une lacune dans la Loi ontarienne. Nous avons affaire à des systèmes d'enregistrement foncier différents bien qu'apparentés, et je ne pense pas que la présence d'une disposition expresse dans les législations adoptant le système Torrens soit la preuve d'une lacune dans la Loi ontarienne, pas plus, à vrai dire, que dans la législation anglaise de 1875 qui lui est comparable. Il en est spécialement ainsi quand on dit que la conséquence en est l'introduction d'une doctrine qui nie le but premier de la Loi ontarienne. Évidemment, s'il avait été expressément prévu que la connaissance ne peut affecter le titre qui figure au registre, le présent litige aurait pu être évité, mais l'enregistrement d'un avis de bail par l'intimée, conformément à l'art. 115 de la *Land Titles Act* de l'Ontario, aurait eu le même résultat.

Voilà pour l'historique de la législation et la législation elle-même. Je voudrais examiner maintenant la jurisprudence se rapportant à la question en litige. Les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire sont les seuls motifs publiés d'une cour d'appel ontarienne à soutenir que la connaissance préalable d'un droit non enregistré peut porter atteinte au titre d'un acquéreur à titre onéreux qui le tient du propriétaire inscrit au registre. Par ailleurs ces motifs, sous réserve d'une

on *Re Jung and Montgomery*⁶ where the Ontario Court of Appeal, without written reasons, affirmed a judgment of Duranceau Co. Ct.J. Speaking in the present case for himself and for Brooke J.A., Jessup J.A. was candid enough to say that (and I quote his words) "if I were approaching the problem in the state of the statute as it was when *Re Jung* was decided, I would have doubt whether that case was correctly decided, particularly in view of the terms of what is now s. 91 of the statute". Jessup J.A. felt, however, that the enactment in 1960 of what is now s. 85(5) of *The Land Titles Act* must be taken as an affirmation of *Re Jung and Montgomery* as holding that notice of an unregistered interest will qualify a title taken by a purchaser for value on the faith of the register. I shall come later in these reasons to s. 85(5), upon which both parties relied; but I address myself now to what was before Duranceau Co.Ct.J. in *Re Jung and Montgomery* and to what he decided in that case.

Jung had purchased certain premises under a Land Titles transfer of June 26, 1953 which was registered on June 30, 1953. At that time Montgomery was a tenant of part of the premises under a five year lease running from April 1, 1950 to March 31, 1955. Notice of the lease was not registered, but Jung himself had been a tenant of another part of the premises before purchasing the freehold and after his purchase Montgomery continued as tenant of Jung, paying rent which Jung accepted. Montgomery's lease contained an option to renew for three years on giving three months' notice and Montgomery gave proper notice of renewal on November 8, 1954. On February 9, 1955 Jung served a notice to quit on Montgomery, and on the latter's refusal to leave he brought proceedings for possession.

Judge Duranceau found as a fact that Jung was aware of Montgomery's lease and of the option therein for renewal before he purchased the prem-

⁶ [1955] 5 D.L.R. 287.

question que je mentionnerai un peu plus loin, reposent seulement sur *Re Jung and Montgomery*⁶, où la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé oralement un jugement du juge de cour de district Duranceau. Parlant dans la présente affaire en son nom et au nom du juge Brooke, le juge Jessup a eu la franchise de déclarer (et je cite ses propres termes) que [TRADUCTION] «si j'avais dû aborder le problème avec une loi dans l'état où elle se trouvait au moment de *Re Jung*, j'aurais eu des doutes sur la justesse de la décision rendue dans cette affaire, eu égard en particulier aux termes de ce qui est maintenant l'art. 91 de la Loi». Le juge Jessup a toutefois estimé que la promulgation, en 1960, de ce qui est maintenant le par. 85(5) de la *Land Titles Act* doit être interprétée comme une confirmation de l'arrêt *Re Jung and Montgomery*, en ce que la connaissance d'un droit non enregistré affecte le titre obtenu par un acquéreur à titre onéreux sur la foi du registre. Je reviendrai plus loin dans mes motifs sur ce paragraphe, sur lequel les deux parties se sont appuyées; mais je veux examiner d'abord les faits soumis au juge de cour de district Duranceau et la décision qu'il a rendue dans *Re Jung and Montgomery*.

Jung avait acheté certains locaux selon acte translatif de propriété du 26 juin 1953 qui avait été enregistré le 30 juin 1953. A cette époque, Montgomery était locataire d'une partie des locaux en vertu d'un bail de cinq ans allant du 1^{er} avril 1950 au 31 mars 1955. Il n'y avait pas eu d'enregistrement du bail, mais Jung avait été lui-même locataire d'une autre partie des locaux avant d'en acquérir la tenure libre. Après qu'il l'eut acquise, Montgomery est resté son locataire et a continué à lui verser le loyer qu'il acceptait. Le bail de Montgomery comportait une option de renouvellement de trois ans sur préavis de trois mois, préavis que Montgomery donna en bonne et due forme, le 8 novembre 1954. Le 9 février 1955, Jung mit Montgomery en demeure de quitter les lieux et, celui-ci ayant refusé, Jung intenta une action en réclamant la possession.

Le juge Duranceau jugea qu'en fait, avant d'acheter les locaux, Jung était au courant du bail de Montgomery et de l'option de renouvellement

⁶ [1955] 5 D.L.R. 287.

ises. So far as the remainder of Montgomery's original term was concerned, it was protected as an overriding interest, being an unexpired term not exceeding three years and with actual occupation. The renewal term presented a different situation. It did not exceed three years but there could be no actual occupation under it until it began, and this could not be before April 1, 1955. Judge Duranceau treated the option as creating a separate interest to be considered on its own terms, and hence it could not be an overriding interest within s. 51, item 4. It does not appear that any argument was made for treating the option as a covenant running with the land, in which event no separate registration would be required: *cf.* Di Castri, *Law of Vendor and Purchaser* (2nd ed. 1976), p. 427. For present purposes, however, it is unnecessary for me to determine whether a "covenant" view of the option would be correct. Although the reasons of Judge Duranceau are not explicit on the point, I take it that the February 9 notice to quit served on Montgomery was a notice to him to quit at the end of his five year term. The issue between the parties was whether Jung could insist on dispossessing Montgomery after March 31, 1955 or whether Montgomery had a valid renewal term of three years from that time.

There are indications in the reasons of Judge Duranceau that because Jung recognized Montgomery's lease by accepting rent under it, he was bound to its terms. The reasons do not indicate whether any remonstrance was made by Jung when the notice of renewal was given on November 8, 1954, three months before Jung gave notice to quit. This could have been enough to dispose of the case without introducing notice into *The Land Titles Act*. In affirming Judge Duranceau, the Court of Appeal is reported as having dismissed the appeal without calling on the respondent tenant and to have agreed with the judgment at first instance. Perhaps it also agreed with all the reasons for judgment, which clearly included reliance on notice, and this was certainly the view taken of *Re Jung and Montgomery* by both Grant

qu'il comportait. Pour ce qui restait à courir du bail originaire de Montgomery, il s'agissait d'un droit protégé comme ayant préséance, car l'échéance du terme n'excédait pas trois ans et il y avait occupation réelle. La situation de l'option de renouvellement était différente. Le terme n'en excédait pas trois ans, mais il ne pouvait s'accompagner d'occupation réelle jusqu'à ce qu'il commençât, ce qui n'était pas possible avant le 1^{er} avril 1955. Le juge Duranceau traita l'option comme créant un droit distinct à considérer à part et en conséquence elle ne pouvait constituer un droit ayant préséance en vertu de l'art. 51, par. 4. Il ne semble pas que l'on ait songé de quelque façon à traiter l'option comme un droit réel, auquel cas aucun enregistrement distinct ne serait nécessaire: *cf.* Di Castri, *Law of Vendor and Purchaser* (2^e éd. 1976), à la p. 427. Pour ce qui nous préoccupe ici, il n'est toutefois pas nécessaire que je me prononce sur la validité de la thèse de l'option comme «droit réel». Bien que les motifs du juge Duranceau ne soient pas explicites sur ce point, je prends pour acquis que la mise en demeure de quitter les lieux du 9 février signifiée à Montgomery lui ordonnait de le faire à l'expiration du terme de cinq ans. La question en litige entre les parties était de savoir si Jung pouvait prétendre déposséder Montgomery après le 31 mars 1955 ou si Montgomery avait un terme renouvelé valide de trois ans à compter de cette date.

Il y a des indications dans les motifs du juge Duranceau que Jung était lié par le bail parce qu'il l'avait reconnu en acceptant le loyer que lui versait Montgomery. Les motifs n'indiquent pas si Jung avait protesté de quelque manière lors de l'avis de renouvellement du 8 novembre 1954, trois mois avant la mise en demeure de quitter les lieux. Cela aurait pu suffire à trancher le litige, sans avoir à introduire la doctrine de la connaissance dans la *Land Titles Act*. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge Duranceau et, selon le recueil, sans avoir entendu le locataire intimé et en approuvant le jugement de première instance. Il est possible également qu'elle ait approuvé tous les motifs de ce jugement, dont certains s'appuyaient clairement sur la connaissance, et c'est certainement ainsi que le juge Grant comme la Cour

J. and the Ontario Court of Appeal in the present case.

After citing *Magee on Land Titles* (1940), pp. 43, 93, 104, to the effect that the doctrine of notice is foreign to the Ontario *Land Titles Act* and noting that no cases are cited in support, Judge Duranceau refers to a line of cases which he says support the contrary view. Some of these cases are clearly inapplicable to the issue of notice as it arises here; and equally unacceptable is his apparent equating of notice with fraud. Two decisions which were relied on by him and which were cited to this Court on the appeal here may, however, be mentioned. They are *Re Skill and Thompson*⁷ and *John Macdonald & Co. Ltd. v. Tew*⁸. Neither, in my opinion, is of any assistance on the question of notice in relation to *The Land Titles Act*.

Re Skill and Thompson ran the gamut of Ontario's then superior court system; it was heard first by Riddell J. in Chambers, then on appeal by the Divisional Court and on further appeal by the Ontario Court of Appeal. It arose out of the dismissal by the Master of Titles under *The Land Titles Act* of an application to remove or vacate a caution registered against certain land by Thompson who claimed the interest therein as against Skill, the owner shown on the title register. Skill had purchased from one Sears in whose name the title had stood before the transfer to Skill, but Thompson claimed under a previous option to purchase given by Sears and of which Skill allegedly had notice. Riddell J.'s view was that the register was controlling and, moreover, since Thompson had begun an action for specific performance against Sears and Skill, there was no justification for maintaining the caution; hence, he vacated it. The Divisional Court restored the order of the Master of Titles, holding that to remove the caution before the action for specific performance was tried anticipated the result of the action in which it would be open to the plaintiff to establish fraud, in that the transfer from Sears to Skill was

d'appel de l'Ontario ont interprété *Re Jung and Montgomery* dans la présente affaire.

Après avoir cité *Magee on Land Titles* (1940), aux pp. 43, 93 et 104, selon qui la doctrine de la connaissance est étrangère à la *Land Titles Act* de l'Ontario, et noté qu'aucune jurisprudence n'est citée à l'appui de cette proposition, le juge Duranceau cite une série de décisions allant, selon lui, en sens contraire. Certaines de ces décisions sont manifestement inapplicables à la question de la connaissance telle qu'elle se présente ici; et l'équivalence qu'il admet entre la connaissance et la fraude est également inacceptable. Deux décisions sur lesquelles il s'appuie et qui ont été citées en appel devant cette Cour peuvent cependant être mentionnées. Il s'agit de *Re Skill and Thompson*⁷ et *John Macdonald & Co. Ltd. v. Tew*⁸. Aucune ne peut nous éclairer, à mon avis, sur la question de la connaissance au regard de la *Land Titles Act*.

L'affaire *Re Skill and Thompson* a parcouru toute la gamme des juridictions supérieures ontariennes de l'époque. Elle a d'abord été entendue en chambre par le juge Riddell, puis en appel par la Cour divisionnaire et en appel encore par la Cour d'appel de l'Ontario. Cette affaire a son origine dans le rejet par le contrôleur des titres, en vertu de la *Land Titles Act*, d'une requête en radiation ou annulation d'une mise en garde enregistrée contre un bien-fonds par Thompson, lequel prétendait y détenir un droit contre Skill, le propriétaire figurant au registre. Skill avait acquis le bien-fonds d'un nommé Sears au nom duquel était le titre avant le transfert à Skill, mais Thompson se réclamait d'une option d'achat antérieure qui lui avait été consentie par Sears et dont Skill aurait eu connaissance. Le juge Riddell estima que le registre avait prépondérance et qu'au surplus, puisque Thompson avait intenté une action en exécution intégrale contre Sears et Skill, le maintien de la mise en garde ne se justifiait plus. En conséquence il l'annula. La Cour divisionnaire rétablit l'ordonnance du contrôleur des titres, au motif que la radiation de la mise en garde avant l'audition de l'action en exécution intégrale préjugait du résul-

⁷ (1908), 17 O.L.R. 186.

⁸ (1914), 32 O.L.R. 262.

⁷ (1908), 17 O.L.R. 186.

⁸ (1914), 32 O.L.R. 262.

not intended to be registered. There may be here an equating of notice with fraud, but the Divisional Court judgment is not clear on the issue of notice as such. When the case came before the Ontario Court of Appeal, two of its five members gave reasons dismissing the appeal; the other three members simply agreed in that result. Osler J.A. proceeded on the ground that the Master of Titles had jurisdiction, which was properly exercised, to maintain the caution and it was not for him to try the rights of the parties summarily. Nothing in his reasons touches the question of notice unless it be in his recital of the facts as involving a claim by Thompson that the transfer by Sears to Skill was in fraud of Thompson's rights under his exercised option.

It is on the reasons of Meredith J.A. that Duranceau Co.Ct.J. in *Re Jung and Montgomery* and the respondent in the present appeal rely. Regrettably, Judge Duranceau in quoting those reasons stops short of placing the quotation in context, that being supplied by a following passage which is not quoted in *Re Jung and Montgomery*. The following two passages from the reasons of Meredith J.A. are the ones quoted:

The Land Titles Act is not an Act to abolish the law of real property; it is an Act far more harmless in that respect than in some quarters seems to be imagined, at times, at all events, when the wish is father to the imagination. It is an Act to simplify titles and facilitate the transfer of land; and, doubtless, greater familiarity with it will tend to remove a good many false notions regarding its revolutionary character.

Its main purpose is to assure the title to a purchaser from a registered owner; but, surely, it is not one of its purposes to protect a registered owner against his own obligations, much less against his own fraud: see sec. 124.

Section 124 of the Act, as it then was (the provision is now s. 174), protects against fraud in the

tat de cette action au cours de laquelle le demandeur aurait la possibilité d'établir la fraude, en ce que le transfert de Sears à Skill n'était pas destiné à être enregistré. Il se peut qu'il y ait là une équivalence entre la connaissance et la fraude, mais le jugement de la Cour divisionnaire n'est pas clair sur la question de la connaissance comme telle. Quand l'affaire vint devant la Cour d'appel de l'Ontario, deux de ses cinq membres motivèrent leur décision de rejeter l'appel, les trois autres ne faisant qu'approuver cette solution. Le juge Osler se fonda sur le fait que le maintien de la mise en garde relevait de la compétence du contrôleur des titres, que celui-ci l'avait régulièrement exercée et qu'il ne lui incomrait pas de se prononcer sommairement sur les droits des parties. Rien dans ses motifs n'a trait à la question de la connaissance, si ce n'est lorsqu'il signale, dans son exposé des faits, que Thompson prétend que le transfert de Sears à Skill s'est fait en fraude des droits résultant de l'exercice de son option.

C'est sur les motifs du juge Meredith que le juge de cour de district Duranceau dans *Re Jung and Montgomery* et l'intimée dans le présent pourvoi se sont appuyés. Il est regrettable qu'en citant ces motifs, le juge Duranceau ait omis de les replacer dans leur contexte qui ressort d'un passage subséquent non cité dans *Re Jung and Montgomery*. Voici les deux passages extraits des motifs du juge Meredith, qui ont été cités:

[TRADUCTION] La *Land Titles Act* n'est pas une loi abolissant le droit des biens immobiliers; elle est, à cet égard, beaucoup plus inoffensive qu'on ne semble parfois l'imaginer dans certains milieux, à tout le moins quand on se laisse aller à prendre ses désirs pour des réalités. C'est une loi destinée à simplifier les titres de propriété et à faciliter les transferts de biens-fonds; et il n'est pas douteux que lorsqu'on sera plus familier avec elle, bon nombre d'idées fausses sur son caractère révolutionnaire tendront à disparaître.

Son principal objet est de garantir le titre de celui qui achète d'un propriétaire enregistré; mais il n'entre certainement pas dans ses buts de protéger un propriétaire enregistré contre ses propres obligations et encore moins contre sa propre fraude: voir l'art. 124.

L'article 124 de la Loi (il s'agit maintenant de l'art. 174) assure la protection contre la fraude

following terms (previously quoted in its original form as s. 99):

Subject to the provisions in this Act contained with respect to registered dispositions for valuable consideration any disposition of land or of a charge on land which, if unregistered, would be fraudulent and void shall, notwithstanding registration, be fraudulent and void in like manner.

Having referred to this provision, Meredith J.A. went on to say this:

In this case the respondent contends—and it is so plainly alleged in the statement of defence of the defendant Sears in the action—that the appellant acquired title to the land in question from the registered owner, not only with notice of, but expressly subject to, a prior right, which the respondent had, to purchase it, and that he is substantially in the same position as if he had himself agreed to sell it to the respondent. If this be so, how can the Act prevent an enforcement of such a right? But for the registered caution, a transfer by the appellant to a subsequent registered owner, would, under the Act, give a good title to such an owner, but why should it, and how can it, cut out the obligation of the appellant whilst the title remains in him? The purpose of the Act is to protect the registered owner, who buys on the faith of the registry. But if fraud were necessary to support a claim against the appellant, having regard to the Act, it is, at the least, a reasonable question whether the registration of a transfer, for the purpose of defeating a legal obligation, would be, against him who commits the act, a fraud under the section which I have mentioned. I do not, of course, intimate that the respondent will be able to establish his contentions; it is enough to say that such contentions are reasonably made, in good faith, and are the subject of a pending action.

What this passage indicates is that there was more than mere notice alleged against Skill; that he was, in effect, party to an arrangement that any title he acquired would be subject to Thompson's prior claim. Of course, this was mere allegation; the issues were still to be tried. I think *Magee on Land Titles* (1940) at p. 110 was substantially correct in treating *Re Skill and Thompson* as determining how far the jurisdiction of the Master of Titles extended in dealing with a registered caution. I do not, therefore, regard *Re Skill and Thompson* as settling for any inferior court that

dans les termes suivants (déjà cités dans sa version originale, alors l'art. 99):

[TRADUCTION] Sous réserve des dispositions de la présente loi relatives aux actes de disposition à titre onéreux enregistrés, tout acte de disposition d'un bien-fonds qui, en l'absence d'enregistrement, serait frauduleux et nul, le demeurera nonobstant l'enregistrement.

Après s'être référé à cette disposition, le juge Meredith a continué ainsi:

[TRADUCTION] En l'espèce, l'intimé prétend—et la chose est alléguée sans détours dans la défense du défendeur à l'action Sears—que l'appellant a acquis du propriétaire enregistré son titre sur le bien-fonds en question non seulement en pleine connaissance du droit antérieur que l'intimé avait de l'acquérir, mais sous réserve expresse de ce droit, et qu'il est substantiellement dans la même position que s'il avait consenti lui-même à le vendre à l'intimé. S'il en est ainsi, comment la Loi peut-elle empêcher l'exercice d'un tel droit? Si ce n'était de la mise en garde enregistrée, un transfert par l'appellant à un propriétaire enregistré subséquent conférerait à celui-ci un titre régulier en vertu de la Loi, mais pourquoi devrait-il, et comment pourrait-il, supprimer l'obligation de l'appellant tant que le titre demeure entre ses mains? Le but de la Loi est de protéger le propriétaire enregistré qui achète sur la foi du registre. Mais s'il faut une fraude pour réclamer un droit contre l'appellant, eu égard à la Loi, il est pour le moins raisonnable de se demander si l'enregistrement d'un transfert, effectué dans le but de faire échec à une obligation légale, serait, à l'encontre de celui qui commet l'acte, une fraude en vertu de l'article que j'ai mentionné. Certes, je n'insinue pas que l'intimé sera capable de prouver ses prétentions. Il suffit de dire que ces prétentions sont raisonnables et soulevées de bonne foi et qu'elles sont l'objet d'une action pendante.

Ce que ce passage indique, c'est que les allégations contre Skill dépassaient la simple connaissance; qu'il était, en fait, partie à une entente selon laquelle tout titre qu'il acquerrait serait assujéti au droit antérieur de Thompson. Évidemment, c'était là une simple allégation; la chose restait encore à être jugée. Je pense que *Magee on Land Titles* (1940), à la p. 110, avait raison en substance de traiter *Re Skill and Thompson* comme déterminant l'étendue de la compétence du contrôleur des titres à l'égard d'une mise en garde enregistrée. Je ne considère donc pas que cet arrêt a

notice as opposed to fraud will be effective against a registered title.

The *Tew* case in 1914 is even less relevant to the issue in this appeal. What is relied on is a general statement of Mulock C.J. Ex., sitting as one of four Judges in appeal, as follows (at p. 265 of 32 O.L.R.):

The Land Titles Act deals simply with the question of registration; it does not interfere with any common law or other rights of an owner of land to mortgage the same by instrument not capable of registration under the Land Titles Act. The appellant, being a volunteer, acquired by the transfer from the mortgagor to him only the mortgagor's interest, or, in other words, took subject to the respondent company's lien: *National Bank of Australasia v. Morrow* (1887), 13 V.L.R. 2; *Jellett v. Wilkie* (1896), 26 S.C.R. 289.

The litigation arose out of a claim by a mortgagee of land for priority against an assignee for the benefit of creditors who obtained the assignment from the mortgagor after the mortgage but who registered his assignment on the Land Titles register. The mortgage had been made pursuant to *The Short Forms of Mortgages Act*, and it was not as such registrable on the Land Titles register. By the time the mortgagee obtained a proper Land Titles transfer, the assignment had been registered. The trial judge held that the mortgage should have priority, and this was obviously correct since the assignee was not a purchaser for value who could claim the protection of the Land Titles register. Section 45 of the Act as it then stood (it is now s. 94) provided that "a transfer of registered land made without valuable consideration is subject, so far as the transferee is concerned, to any unregistered estates, rights, interests or equities subject to which the transferor held the same . . .". The only difference among the four Judges who heard the appeal was as to the form of the judgment to enable the mortgagee to have effective relief.

posé en règle, que les cours d'instance inférieure seraient tenus de suivre, que la simple connaissance, par opposition à la fraude, aurait effet à l'encontre d'un titre enregistré.

L'arrêt *Tew* de 1914 est encore moins applicable aux questions soulevées par le présent pourvoi. Ce sur quoi l'on s'appuie, c'est sur l'affirmation générale suivante, faite par l'un des quatre juges siégeant en appel, le juge en chef Mulock de la Division de l'Échiquier (32 O.L.R., à la p. 265):

[TRADUCTION] La *Land Titles Act* traite simplement de la question de l'enregistrement et ne porte nullement atteinte aux droits que possède le propriétaire d'un bien-fonds, en vertu de la *common law* ou autrement, d'hypothéquer celui-ci par un acte qui n'est pas susceptible d'enregistrement en vertu de ladite loi. Étant cessionnaire sans contrepartie, l'appelante n'a acquis que les droits que pouvait lui transférer le débiteur hypothécaire, sous réserve, autrement dit, du privilège de la compagnie intimée: *National Bank of Australasia v. Morrow* (1887), 13 V.L.R. 2; *Jellett c. Wilkie* (1896), 26 R.C.S. 289.

Le litige était né de la réclamation d'un créancier hypothécaire qui invoquait un droit de préférence sur un syndic auquel le débiteur hypothécaire avait cédé ses biens postérieurement à l'hypothèque mais qui avait fait inscrire la cession au registre foncier. L'hypothèque avait été consentie conformément à la *Short Forms of Mortgages Act* et elle n'était pas, comme telle, susceptible d'inscription au registre foncier. Quand le créancier hypothécaire obtint un acte translatif de propriété régulier, la cession avait déjà été enregistrée. Le juge de première instance jugea que l'hypothèque devait avoir priorité, ce qui était de toute évidence bien fondé puisque le syndic n'était pas un acquéreur à titre onéreux qui pouvait se prévaloir de la protection du registre foncier. L'article 45 de la Loi (art. 94 actuel) prévoyait en effet que [TRADUCTION] «le transfert sans contrepartie d'un bien-fonds enregistré est assujéti, en ce qui concerne l'acquéreur, à tous droits, tenures, intérêts ou charges sous réserve desquels le cédant le détenait lui-même . . .». Le seul point de désaccord entre les quatre juges qui entendirent l'appel portait sur la forme du jugement à rendre pour que le redressement soit efficace à l'égard du créancier hypothécaire.

So much for the case law. The logic of *The Land Titles Act* is perfectly plain. If, as its terms stipulate, it is the register that determines where title resides, then actual notice becomes immaterial unless it is preserved, as fraud is preserved and as certain other interests called overriding interests, are preserved. To say that because notice is not expressly excluded (as it is excluded *ex abundante cautela* in Torrens systems legislation) it is deemed to be preserved, is no less a pronouncement of policy than that which I espouse. The question then becomes one of determining which policy is more consistent with the Act, with its spirit as well as its letter. A succinct statement of the policy will be found in the Ontario Law Reform Commission's Report on Land Registration, issued in 1971, in which it summarizes the Land Titles system as follows (at p. 14):

The land titles system was established in Ontario in 1885. It is essentially an affirmation by the province of the ownership of interests in land. Local offices have again been established—at present there are 30—and a separate record is kept in these offices for each parcel governed by the system. The record includes an affirmation of the existence and ownership of interests—the fee simple and charges, and some leases and easements. Interests about which affirmations of existence and ownership are not made may be protected against loss of priority by registration of notices and cautions.

A search is essentially an examination of the record and, usually, of some documents referred to in the record. The system imposes a larger degree of administrative supervision of conveyancing than the registry system does, and forms that must be used are specified for many transactions. If an interest is extinguished as a consequence of the making of an affirmation, the owner of the interest is entitled to compensation from a fund established for this purpose. A claim that does not appear in the record is of no effect against a purchaser unless the purchaser has acted fraudulently.

When *The Land Titles Act* was first introduced in Ontario, there was already experience in the Province with a system of registration of deeds, and the policy thereunder of priority of registra-

Voilà pour la jurisprudence. La logique de la *Land Titles Act* est parfaitement claire. Si, comme son libellé l'indique, c'est le registre qui détermine la situation du titre, la connaissance actuelle devient alors sans importance à moins que l'effet en soit préservé, comme l'est la fraude et comme le sont certains autres droits ayant préséance. Dire que l'effet de la connaissance est censé être préservé parce qu'il n'est pas expressément exclu (comme il l'est par excès de prudence dans la législation adoptant le système Torrens) est une déclaration qui n'est pas moins une déclaration de principe que celle à laquelle je me rallie. La question est alors de déterminer quel principe est le plus compatible avec la Loi, dans son esprit comme dans sa lettre. On trouve un exposé de principe succinct dans le Rapport sur l'enregistrement de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, publié en 1971, où le système d'enregistrement foncier est résumé en ces termes (à la p. 14):

[TRADUCTION] Le système de titres de biens-fonds a été créé en Ontario en 1885. Il s'agit essentiellement d'une homologation par la province de la propriété des biens-fonds. Des bureaux locaux ont été créés—il en existe 30 actuellement—et un dossier distinct de chaque parcelle régie par le système y est conservé. Le dossier contient une homologation de l'existence et du titulaire des droits—propriété absolue et charges, ainsi que certains baux et servitudes. Les droits dont l'existence et le titulaire ne sont pas homologués peuvent être protégés et garder leur priorité au moyen de l'enregistrement d'avis et de mises en garde.

Une recherche de titre consiste essentiellement à examiner le registre et, habituellement, certains documents auxquels il renvoie. Le système impose une surveillance administrative des transferts de propriété plus étendue que le système d'enregistrement d'actes, et les formules à utiliser obligatoirement sont précisées pour beaucoup de transactions. Si une homologation entraîne l'extinction d'un droit, le titulaire de celui-ci a droit à une indemnité payée à même un fonds créé à cet effet. Un droit qui ne figure pas au dossier est sans effet à l'encontre de l'acquéreur, à moins que celui-ci n'ait agi frauduleusement.

Lorsque la *Land Titles Act* a été introduite en Ontario, la province avait déjà l'expérience d'un système d'enregistrement d'actes dont le principe, clairement exprimé, était de donner priorité à l'en-

tion subject to actual notice was clearly expressed: see *The Registry Act*, R.S.O. 1877, c. 111, ss. 74, 78 and 80. To import actual notice in a title registration system without its express preservation is to change the basic character of the system. It is impossible, in my view, to adhere to the principle of the primacy of the register and at the same time to make it yield to a doctrine of notice.

I come now to s. 85(5), referred to in the reasons of the Court of Appeal in this case as a governing consideration in its decision. This provision reads as follows:

(5) Subject to any entry to the contrary in the register and subject to this Act, instruments registered in respect of or affecting the same estate or interest in the same parcel of registered land as between themselves rank according to the order in which they are entered in the register and not according to the order in which they were created, and, notwithstanding any express, implied or constructive notice, are entitled to priority according to the time of registration.

I do not agree with the view expressed in the Court of Appeal that this provision is, in effect, an affirmation of the survival of notice as a qualification of the absolute character of the register (fraud, of course, apart). The Court dwells on the words in s. 85(5) "notwithstanding any express, implied or constructive notice" for its view, but I am unable to appreciate how the express inclusion of these words supports the conclusion that actual notice of an unregistered interest is still effective against title shown on the register.

If it is a provision that operates at large, it obviously excludes notice of an unregistered interest as a limitation of the title shown on the register. Treating s. 85(5) as operating at large, I cannot see how it can be construed to exclude the effect of notice where the notice is of a claim to the same interest as that purchased by another for value on the faith of the register, but not to exclude it where the notice is of a claim to a subordinate interest, as is the case here. Arnup J.A. in his concurring reasons in the Court of

registrement sous réserve de la connaissance actuelle du droit d'un tiers: voir la *Registry Act*, R.S.O. 1877, c. 111, art. 74, 78 et 80. Introduire la notion de connaissance actuelle dans un système d'enregistrement de titres de biens-fonds, en l'absence de réserve expresse à cet effet, revient à changer la nature fondamentale du système. Il est impossible, à mon avis, d'adhérer au principe de la primauté du registre et de le subordonner en même temps à la doctrine de la connaissance.

J'en viens maintenant au par. 85(5) auquel la Cour d'appel, dans la présente affaire, s'est référée dans ses motifs comme élément principal de sa décision. Cette disposition se lit comme suit:

[TRADUCTION] (5) Sous réserve de toute inscription contraire dans le registre et de la présente loi, les actes enregistrés concernant ou grevant le même droit de tenure ou autre sur la même parcelle de terrain enregistré prennent rang entre eux dans l'ordre où ils ont été inscrits dans le registre et, nonobstant toute connaissance actuelle ou présumée, par avis formel ou autrement, ils ont priorité selon la date de l'enregistrement.

Je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel lorsqu'elle voit, dans cette disposition, une confirmation de la survivance de la connaissance comme exception au caractère absolu du registre (la fraude mise à part, bien entendu). La Cour fait reposer son opinion sur les mots «nonobstant toute connaissance actuelle ou présumée, par avis formel ou autrement» que l'on trouve au par. 85(5), mais je ne parviens pas à voir comment l'on peut conclure de l'inclusion expresse de ces mots que la connaissance actuelle d'un droit non enregistré produit encore des effets à l'encontre du titre qui figure au registre.

S'il s'agit d'une disposition de portée générale, elle s'oppose de toute évidence à ce que la connaissance d'un droit non enregistré restreigne la portée du titre figurant au registre. En considérant le par. 85(5) comme ayant une portée générale, je n'arrive pas à voir comment on peut l'interpréter comme privant d'effet la connaissance lorsque celle-ci porte sur le même droit que celui acquis à titre onéreux par une autre personne sur la foi du registre, et comme ne l'en privant pas lorsque le droit invoqué en dérive, comme c'est le cas en

Appeal conceded the illogicality of a situation where a person would be better off claiming against a registered transferee through notice than by registering his interest, but he concluded that the Legislature must take responsibility for such a result. I think rather that the Courts must take the responsibility, since it would be their interpretation, by no means a compelled one, which produces it.

In my view, if s. 85(5) be taken in the context of the whole of s. 85 it is capable of explanation without treating it as applicable at large, but yet reinforcing the indefeasibility of the register and of title according to the register, subject only to overriding interests and to fraud.

Section 85 deals with the procedure for registration and with the effectuation of registration. It begins with a provision requiring that the day, hour and minute of the receipt of instruments presented for registration must be noted by the attending officer or clerk. Then follow subsections (2) and (3) which I reproduce here in full:

(2) Subject to the rules, an instrument received for registration shall be registered in the order of time in which it is so received, unless before registration is completed it is withdrawn or the proper master of titles decides that it contains a material error, omission or deficiency or that there is evidence lacking that he considers requisite or declines registration for any other reason, and notifies the parties or their solicitors accordingly within twenty-one days after being so received and allows a period of time not less than seven and not more than thirty days from the date of such notification for correction of the error, omission or deficiency or for furnishing evidence and, when the error, omission or deficiency is corrected or evidence furnished within the time allowed, the instrument has priority as if it had been correct in the first instance, but, if the error, omission or deficiency is not corrected or if evidence is not furnished within the time allowed or if the person desiring registration fails to appeal successfully from the decision, the proper master of titles may proceed with other registrations affecting the land as if the instrument had not been presented for registration, and the proper master of titles shall be deemed not to be affected with notice of the contents of the instrument.

l'espèce. Le juge Arnup, dans les motifs concomitants qu'il a donnés en Cour d'appel, admet l'illogisme d'une situation où une personne se trouve, du fait de la connaissance, en meilleure position contre un acquéreur enregistré que si elle avait fait enregistrer son droit, mais il conclut que le législateur doit porter la responsabilité de ce résultat. Il me semble que c'est plutôt aux tribunaux de le faire, puisque c'est leur interprétation, qui n'a rien d'irrésistible, qui y conduit.

A mon avis, si l'on replace le par. (5) de l'art. 85 dans le contexte de l'article au complet, il est possible de l'expliquer, sans lui conférer une portée générale, tout en renforçant encore le caractère inattaquable du registre et du titre qu'il constate, réserve faite seulement des droits ayant préséance et de la fraude.

L'article 85 régleme la procédure d'enregistrement ainsi que sa mise à exécution. Il commence par une disposition exigeant que le fonctionnaire ou employé présent note le jour, l'heure et la minute auxquels ont été reçus les actes présentés à l'enregistrement. Suivent les par. (2) et (3) que je reproduis en entier:

[TRADUCTION] (2) Sous réserve des règlements, tout acte reçu en vue de son enregistrement sera enregistré dans l'ordre de sa réception, à moins qu'avant que ne soit effectué son enregistrement, il n'ait été retiré ou que le contrôleur des titres compétent ne décide qu'il contient une erreur, omission ou lacune notable ou qu'il manque une preuve qu'il juge nécessaire ou que l'enregistrement doit être refusé pour une autre raison, et n'avise les parties ou leurs avocats en conséquence dans les vingt-et-un jours suivant la réception et ne leur accorde un délai de sept jours au moins et de trente jours au plus après la date de cet avis pour corriger l'erreur, l'omission ou la lacune ou pour fournir la preuve nécessaire; et, quand l'erreur, omission ou lacune a été corrigée ou la preuve fournie dans le délai fixé, l'acte a priorité comme s'il avait été régulier dès le début, mais, si l'erreur, omission ou lacune n'a pas été corrigée ou la preuve fournie dans le délai fixé ou si la personne qui désire l'enregistrement est déboutée de son appel de la décision, le contrôleur des titres compétent peut procéder à d'autres enregistrements sur le bien-fonds comme si l'acte n'avait pas été présenté à l'enregistrement et le contenu de l'acte ne sera pas censé avoir été porté à sa connaissance.

(3) Registration of an instrument is complete when the entry in the proper register and particulars of registration thereof on the instrument are signed by the proper master of titles, his deputy or a signing officer, and the time of receipt of the instrument shall be deemed to be the time of its registration.

What these provisions show is that entry on the register in fact may take place some time after receipt of an instrument tendered for registration but, nonetheless, the registration will be effective as of the time of receipt of the instrument. As s. 85(2) shows, entry may be held up pending correction of errors or deficiencies in the tendered instrument and yet may be accorded priority as against an intervening tender of another competing instrument which appears to be in correct form. When s. 85(5) speaks of priority "in respect of or affecting the same estate or interests in the same parcel of registered land" according to the order of entry in the register, it is dealing with competing instruments in the light of the provisions of s. 85(2) and (3). It appears to me to be an unnecessary punctuation of the obvious, but it could be said to emphasize the import of s. 85(2) that where an error or deficiency is corrected (as contrasted with the case where it is not) the intervening instrument is not entitled to priority merely because there is notice of it before the error or deficiency in the other one is corrected even if the intervening instrument was created first.

I do not regard s. 85(5), in the context in which it exists, as modifying the effect of ss. 52 and 91, any more than their effect is modified by the incongruous terms of s. 157(3) of the Act respecting tax sale purchasers. It appears that the reference to actual notice in s. 157(3), introduced in an amendment to the Act by 1914 (Ont.), c. 24, s. 2, was designed to establish a special rule for tax sales in conformity with the situation under *The Registry Act*, since there is an included reference to the relevant section of that Act in the 1914 amendment. The amendment is discussed by *Magee*, Notice under the Ontario Land Titles Act (1933), 11 Can. Bar Rev. 245 with reference also to the judgment of Meredith C.J.C.P. in *Re Lord and Ellis*⁹, decided shortly before the 1914 amendment was passed. However, all this apart, I do not see this special situation as governing the operation

⁹ (1914), 30 O.L.R. 582.

(3) L'enregistrement d'un acte est complet dès lors que l'inscription au registre approprié et sa mention détaillée sur l'acte lui-même ont été signées par le contrôleur des titres compétent, son adjoint ou un fonctionnaire délégué, et le moment où l'acte a été reçu sera censé être celui de son enregistrement.

Ce que ces dispositions montrent, c'est que l'inscription dans le registre peut en fait avoir lieu quelque temps après la réception de l'acte présenté à l'enregistrement mais que, cependant, l'enregistrement prendra effet au moment de la réception de l'acte. Comme l'indique le par. 85(2), une inscription peut être suspendue en attendant la correction d'erreurs ou de lacunes dans l'acte concerné et avoir pourtant priorité sur la présentation dans l'intervalle d'un acte concurrent qui paraît régulier en la forme. Quand le par. (5) de l'art. 85 parle de priorité [TRADUCTION] «concernant le même droit de tenure ou autre sur la même parcelle de terrain enregistré» selon l'ordre d'inscription au registre, il vise les actes concurrents dans l'optique des dispositions des par. (2) et (3). Il me paraît être une redondance inutile, mais on pourrait estimer qu'il renforce la portée du par. 85(2) selon lequel, lorsqu'une erreur ou lacune est corrigée (par opposition au cas où elle ne l'est pas), l'acte présenté dans l'intervalle n'a pas priorité du seul fait qu'on en a eu connaissance avant que l'erreur ou la lacune ait été corrigée dans l'autre acte, même s'il a été passé le premier.

Je ne considère pas que le par. 85(5), vu son contexte, modifie l'effet des art. 52 et 91, pas plus que leur effet n'est modifié par les dispositions exceptionnelles du par. 157(3) de la Loi concernant les acquéreurs de biens-fonds mis en vente pour défaut de paiement de taxes. Il appert que la mention de la connaissance actuelle au par. 157(3), introduit par une modification législative de 1914 (Ont.), c. 24, art. 2, était destinée à créer un régime spécial pour les ventes pour taxes impayées en conformité avec la situation existant en vertu de la *Registry Act*, puisque la modification de 1914 se réfère à l'article pertinent de cette loi. La modification est discutée par *Magee*, Notice under the Ontario Land Titles Act (1933), 11 Can. Bar. Rev. 245, qui se réfère aussi au jugement du juge en chef [des *common pleas*] Meredith dans l'affaire *Re Lord and Ellis*⁹, rendu

⁹ (1914), 30 O.L.R. 582.

of the central feature of the Act.

In summary, I am satisfied that ss. 78(1)(2), 79(1), 91 and 94 of *The Land Titles Act* make it abundantly clear that notice of an unregistered interest cannot qualify the registered title of a transferee for value from the registered owner, and that this conclusion is reinforced by s. 85 as a whole and by s. 85(5) in particular. In the result, I would allow the appeal, set aside the judgments below and dismiss the application of the respondent Dominion Stores Limited, with costs to the appellant throughout.

The judgment of Judson, Ritchie, Spence and Beetz JJ. was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on October 25, 1974. By that judgment, the Court of Appeal dismissed an appeal from the judgment of Grant J. pronounced on October 15, 1973. The respondent, Dominion Stores Limited, had applied to the Supreme Court of Ontario for relief from forfeiture and reinstatement of its lease upon certain premises known as 418 Spadina Road, in the City of Toronto, for an extension of its option agreement for a renewal of the said lease and for an injunction to restrain the three respondents from any future interference with the applicant under its lease and extension or option agreement.

Grant J. did grant relief from forfeiture and “ordered and determined” that the applicant Dominion Stores Limited was entitled to exercise its option to renew the lease until June 30, 1982.

Grant J. further ordered that the respondent United Trust Company be restrained from further excluding Dominion Stores Limited from possession of the said premises so long as Dominion Stores Limited complied with the terms of the said lease.

At the opening of the appeal, I pointed out that no leave to appeal had been obtained and that, therefore, the appeal was governed by the provi-

peu avant l'adoption de la modification de 1914. Tout ceci mis à part, je ne vois guère que cette situation spéciale puisse dominer le principe fondamental de la Loi.

En somme, à mes yeux, il ressort très clairement des art. 78(1) et (2), 79(1), 91 et 94 de la *Land Titles Act* que la connaissance d'un droit non enregistré ne peut porter atteinte au titre enregistré d'un acquéreur à titre onéreux qui le tient d'un propriétaire enregistré et que cette conclusion est renforcée par l'art. 85 en général et par son par. (5) en particulier. En conséquence, je ferais droit au pourvoi, infirmerais les décisions des tribunaux d'instance inférieure et rejetterais la demande de Dominion Stores Limited, avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours.

Le jugement des juges Judson, Ritchie, Spence et Beetz a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario prononcé le 25 octobre 1974, par lequel elle a rejeté un appel d'un jugement prononcé par le juge Grant le 15 octobre 1973. L'intimée, Dominion Stores Limited, s'est adressée à la Cour suprême pour être relevée de la déchéance et obtenir la reconduction du bail qu'elle possédait sur certains locaux situés au 418 du chemin Spadina, dans la ville de Toronto, et pour obtenir une prolongation de son option de renouvellement dudit bail ainsi qu'une injonction ordonnant aux trois intimées de ne plus troubler la requérante dans l'exercice de son bail et de la convention relative à la prolongation de son option.

Le juge Grant releva la requérante, Dominion Stores Limited, de la déchéance de son bail et «ordonna et décida» qu'elle avait le droit d'exercer son option de renouvellement de bail jusqu'au 30 juin 1982.

Le juge Grant ordonna en outre à United Trust Company intimée de ne plus troubler Dominion Stores Limited dans sa possession des locaux susdits, tant que Dominion Stores Limited se conformerait aux conditions du bail.

Au début de l'audition, j'ai fait remarquer qu'aucune autorisation d'appeler n'avait été obtenue et qu'en conséquence, le pourvoi était régi par

sions of s. 36 of the *Supreme Court Act* which at the appropriate time gave an appeal as of right on a question that is not a question of fact alone from a final judgment of the highest court of final resort for a province in judicial proceedings where the amount or value of the matter in controversy in the appeal exceeds \$10,000 while the order of Grant J. confirmed by the Court of Appeal contained no reference to any monetary amount and simply granted the injunction and declaration applied for. Counsel for the appellant referred to the affidavit of Grant Edwardh, an appraiser who deposed that the rental upon the premises was \$2.18 per square foot and that the firm market or economic rent was \$6.25 per square foot, a difference of \$4.07 per square foot per year. Even in one year, the difference between the rent reserved in the lease and the economic rent would exceed \$10,000, and such affidavit could have been filed with the notice of appeal to bring the appeal within the provisions of the said s. 36 of the *Supreme Court Act* as it then existed. Under these circumstances, this Court determined that if leave to appeal were necessary it should be granted.

Dominion Stores Limited had been tenants of the said premises under written lease from September 5, 1935 and had carried on a supermarket in the said premises under the terms of the said lease and various renewals thereof. The respondents Geller and Granatstein became the owners of the said premises subject to such lease in 1946. The last renewal of the lease was dated September 12, 1967 and was to have terminated on November 30, 1970. The said renewal contained an option in favour of Dominion Stores to renew such lease for a further period from December 1, 1970, to November 30, 1975, upon the same terms and conditions except that the rental was increased to \$475 per month and also subject to the usual clause as to increase to cover real estate taxes. Dominion Stores gave due notice of the exercise of such option.

Desiring to make extensive repairs to the premises and to devote them to a specialty shop rather than to a supermarket, Dominion Stores Limited entered into negotiations with the owners for a longer term of leasing. Such negotiations con-

les dispositions de l'art. 36 de la *Loi sur la Cour suprême*, en vertu duquel il y avait, à l'époque pertinente, appel de plein droit sur une question qui n'était pas de pur fait, d'un jugement final de la plus haute cour de dernier ressort d'une province, dans tout procès où le montant ou la valeur du litige porté en appel dépassait \$10,000. La décision du juge Grant, confirmée par la Cour d'appel, ne mentionne toutefois aucun montant d'argent, se contentant d'accorder l'injonction et la déclaration réclamées. L'avocat de l'appelante s'est appuyé sur l'affidavit d'un évaluateur, M. Grant Edwardh, selon lequel le loyer des locaux était de \$2.18 le pied carré et le loyer rentable, au taux du marché, était de \$6.25 le pied carré, soit une différence de \$4.07 le pied carré par an. Rien qu'en un an, la différence entre le loyer stipulé au bail et le loyer rentable excéderait \$10,000 et il aurait suffi que l'affidavit en question fût déposé avec l'avis d'appel pour que celui-ci satisfasse aux conditions que posait alors l'art. 36 de la *Loi sur la Cour suprême*. Dans ces circonstances, notre Cour a décidé que, si une permission d'appeler était nécessaire, elle devrait être accordée.

Dominion Stores Limited était locataire des locaux susdits depuis le 5 septembre 1935 en vertu d'un bail écrit et y avait exploité un supermarché aux conditions prévues par ledit bail et plusieurs renouvellements subséquents. En 1946, les intimés Geller et Granatstein devinrent propriétaires des locaux, réserve faite du bail. Le dernier renouvellement de bail avait eu lieu le 12 septembre 1967 et devait expirer le 30 novembre 1970. Ce renouvellement contenait, en faveur de Dominion Stores, une option de renouvellement de bail pour une période supplémentaire allant du 1^{er} décembre 1970 au 30 novembre 1975, aux mêmes conditions, à l'exception du loyer qui passait à \$475 par mois et sous réserve également de la clause usuelle relative à l'augmentation des taxes foncières. Dominion Stores exerça son option, en en donnant avis en bonne et due forme.

Desirant effectuer d'importantes réparations aux locaux et ouvrir un magasin d'épicerie fine à la place du supermarché, Dominion Stores Limited entra en pourparlers avec les propriétaires pour obtenir un bail à plus long terme. Les négociations

tinued from February 1971 until the early months of 1972.

On April 12, 1972, Dominion Stores Limited, over the signature of its real estate manager, one J. A. Munro, wrote to the landlords' solicitor confirming the arrangement which it was alleged had been orally arrived at prior thereto. I quote that letter in full:

Dear Sir:

Re: 418 Spadina—Option to Lease

Pursuant to our discussion yesterday please find attached a copy of the letter received from Simpsons Contract Division covering the cost of renovations required to bring this building in line with Health, Building, Fire and Labour Department regulations.

The existing Dominion lease for this location expires November 30th, 1975. It is understood the owners are now prepared to grant an option to Dominion Stores Limited for the period from December 1, 1975 to June 30th, 1982, at the same rental, terms and conditions as contained in the existing lease. As discussed with you it is the intention for Dominion Stores Limited to proceed with a sublease of these premises at the earliest possible date to Quintana Stores Limited.

On receipt of your clients written acceptance of the option to lease and the proposed sublease, we will have our legal department draw the necessary documentation for execution. Your early attention to this matter will be greatly appreciated.

On April 20, 1972, the landlords' solicitor replied to that letter as follows:

Attention: Mr. J. A. Munro
Real Estate Manager

Dear M. Munro:

Re: 418 Spadina—Option to Lease

We acknowledge receipt of your letter dated April 12th, 1972, and wish to advise that our clients would be prepared to enter into an option agreement with your company for the period from December 1st, 1975 to June 30th, 1982, at the same rental, terms and conditions as contained in the existing lease.

It is clearly understood that the option agreement will contain a condition that renovations must be made by your company to the building in the minimum amount of \$15,000.00 or else the agreement would be terminated. It is also understood that the renovations would be

durèrent de février 1971 jusqu'aux premiers mois de 1972.

Le 12 avril 1972, Dominion Stores Limited, sous la signature de son directeur des services immobiliers, un nommé J. A. Munro, écrivit à l'avocat des propriétaires pour confirmer l'entente verbale à laquelle ils en étaient prétendument arrivés auparavant. Je cite cette lettre en entier:

[TRADUCTION] Cher maître

Objet: 418, Spadina—Option de bail

Suite à notre discussion d'hier, veuillez trouver ci-jointe une copie de la lettre que nous avons reçue de la division des contrats de chez Simpsons établissant le coût des renovations nécessaires pour rendre cet immeuble conforme aux règlements de la santé, de la construction, des incendies et du travail.

Le bail actuel de Dominion expire le 30 novembre 1975. Il est entendu que les propriétaires sont maintenant disposés à consentir une option à Dominion Stores Limited pour la période allant du 1^{er} décembre 1975 jusqu'au 30 juin 1982, au même loyer et aux mêmes conditions que le bail actuel. Comme je vous l'ai indiqué, Dominion Stores Limited a l'intention de sous-louer les locaux dans les plus brefs délais possibles à Quintana Stores Limited.

Dès réception du consentement écrit de vos clientes à l'option du bail et à la sous-location proposée, nous demanderons à notre contentieux de rédiger les documents nécessaires en vue de leur signature. Nous vous saurions gré de bien vouloir étudier la question dans les meilleurs délais.

Le 20 avril 1972, l'avocat des propriétaires répondit à cette lettre en ces termes:

[TRADUCTION]

A l'attention de: M. J. A. Munro
Directeur des services immobiliers

Monsieur,

Objet: 418, Spadina—Option de bail

Nous accusons réception de votre lettre du 12 avril 1972 et désirons vous aviser que nos clientes seraient disposées à passer un contrat d'option avec votre compagnie pour la période s'étendant du 1^{er} décembre 1975 jusqu'au 30 juin 1982, au même loyer et aux mêmes conditions que le bail actuel.

Il est bien entendu que le contrat d'option contiendra une clause selon laquelle votre compagnie devra effectuer sur l'immeuble des renovations d'un montant minimum de \$15,000, à défaut de quoi le contrat sera résolu. Il est également entendu que les renovations devront être

commenced and completed within a reasonable period of time after the execution of the option agreement.

We would suggest that you draw the documentation which is required and if the form and substance meet with our approval we shall submit it to our clients for their immediate execution.

On April 28, 1972, Dominion Stores Limited, over the signature of J. R. Morrison, a solicitor in its legal department, again wrote to the solicitor for the landlords a letter which read:

Attention: Mr. Lawrence S. Crackower

Re: Your File No. 72-10835
Molly Geller & Bella Granatstein
418 Spadina Road, Toronto

Dear Sirs:

Further to your letter of April 20th last addressed to the attention of our Mr. J. A. Munro, we have prepared and enclose herewith option agreement in accordance with the understanding reached, and if it meets with your approval we shall be obliged if you will have same executed by your clients and return all three copies to us for execution by Dominion Stores Limited, following which we shall return to you one fully executed copy.

As the remainder of the current term and the renewal term total more than ten years we may wish to register a Notice of Lease, and will be much obliged if you could let us have a legal description of the property or if not the lot and plan numbers.

Yours very truly,

J. R. Morrison,
Solicitor,
Legal Department.

The learned trial judge, after a careful consideration of the evidence and documents which I have recited and of the appropriate law, came to the conclusion that by the letter of April 20, 1972, there had been concluded an enforceable agreement to extend the lease on the premises until the year 1982. The learned trial judge then considered the situation if his determination had been in error and that the correspondence properly construed expressed the intention that the agreement between the parties would be subject to the prepara-

effectuées dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat d'option.

Nous suggérons que vous rédigez les documents nécessaires et, si la forme et le contenu nous conviennent, nous les soumettrons à nos clientes pour signature immédiate.

Le 28 avril 1972, Dominion Stores Limited, sous la signature de J. R. Morrison, avocat de son contentieux, écrivit de nouveau à l'avocat des propriétaires en ces termes:

[TRADUCTION] A l'attention de M^e Lawrence S. Crackower

Objet: Votre dossier n° 72-10835
Molly Geller & Bella Granatstein
418, chemin Spadina, Toronto

Cher maître

Suite à votre lettre du 20 courant adressée à l'attention de M. J. A. Munro, veuillez trouver ci-joint le contrat d'option que nous avons préparé conformément à l'entente intervenue. S'il vous convient, nous vous serions obligés de bien vouloir le faire signer par vos clientes et de nous retourner les trois exemplaires pour les faire signer par Dominion Stores Limited. Nous vous retournerons ensuite un exemplaire complet et dûment signé.

Comme ce qui reste à courir du bail actuel et le renouvellement de bail totalisent plus de dix ans, nous souhaiterions peut-être enregistrer un avis de bail et nous vous serions très obligés de nous faire parvenir une description légale de l'immeuble ou, à défaut, les numéros de lot et de plan.

Veuillez agréer, cher maître, nos salutations distinguées.

J. R. Morrison
Avocat
Contentieux

Après avoir étudié attentivement la preuve et les documents que je viens de citer, ainsi que le droit applicable, le savant juge de première instance arriva à la conclusion que, par la lettre du 20 avril 1972, une entente exécutoire de prolongation du bail jusqu'en 1982 avait été conclue. Il examina aussi ce qui se serait passé si sa conclusion était fautive et si l'interprétation correcte de l'échange de correspondance entre les parties était que l'entente entre elles était intervenue sous réserve de la rédaction et de la signature d'un contrat recevant

tion and execution of a new agreement which met the approval of the landlords' solicitors. Again, after an examination of the evidence and the case law, he came to the conclusion that the solicitors for the landlords did not act judiciously in the matter and that they withheld their approval in bad faith. The learned trial judge, therefore, granted the order which I have recited above determining that Dominion Stores Limited was entitled to exercise its option to renew the lease until June 30, 1982.

Jessup J.A. disposed of this issue in the Court of Appeal in the following short paragraph:

The appellant also argues that the agreement in question here for the extension of a lease was only an agreement to agree but I do not think that contention is supported by a fair consideration of the entire correspondence between the landlord's solicitor and the tenant.

Arnup J.A., in his reasons, said:

The other points raised by the appellant and mentioned by Jessup J.A. were in my view correctly disposed of by Grant J.

I have come to the conclusion that upon this issue the judgment of the learned trial judge confirmed by the Court of Appeal was the correct one and I need add little to his carefully considered reasons.

There is only one point dealt with in the argument before this Court which requires particular mention and that is that the agreement with Dominion Stores Limited was arrived at by a letter from the solicitors for the landlords and that there is nothing over the signature of the landlords themselves, and further that although the solicitors are and were in this case authorized to negotiate whether the lease should be renewed and the terms of such renewal, they were not authorized to conclude an agreement for the renewal. I am of the opinion that the actual language of the solicitors' letter of April 20 which I have quoted above clearly indicates that they had instructions from the landlords to conclude a renewal on the terms set out in the said letter and that they were simply carrying out their instructions and acting properly as the communicator for their clients.

l'approbation des avocats des propriétaires. Il en vint de nouveau à la conclusion, après avoir étudié la preuve et la jurisprudence, que les avocats des propriétaires n'avaient pas agi judicieusement en l'espèce et qu'ils avaient retiré leur approbation de mauvaise foi. En conséquence, le savant juge de première instance prononça l'ordonnance que j'ai mentionnée plus haut et décida que Dominion Stores Limited avait le droit d'exercer son option de renouvellement de bail jusqu'au 30 juin 1982.

En appel, le juge Jessup disposa de cette question dans le court alinéa suivant:

[TRADUCTION] L'appelante prétend également que l'entente de prolongation de bail en question ici n'était qu'un avant-contrat, mais cela ne peut être honnêtement soutenu lorsque l'on tient compte de l'ensemble de la correspondance échangée par l'avocat des propriétaires et le locataire.

Quant au juge Arnup, il déclara dans son jugement:

[TRADUCTION] Le juge Grant a correctement tranché les autres points soulevés par l'appelante et mentionnés par le juge Jessup.

J'en suis arrivé à la conclusion que, sur ce point, le jugement du savant juge de première instance, confirmé par la Cour d'appel, est bien fondé et je ne vois guère ce que je pourrais ajouter à ses motifs bien pesés.

Il y a seulement un point débattu devant notre Cour qui mérite une mention particulière: l'entente conclue avec Dominion Stores Limited résulte d'une lettre des avocats des propriétaires et ces dernières n'ont, quant à elles, jamais rien signé; au surplus, s'il est vrai que les avocats sont, et étaient dans ce cas, autorisés à négocier le renouvellement éventuel du bail et les conditions de celui-ci, ils ne sont pas habilités à conclure le contrat de renouvellement. J'estime que les termes mêmes de la lettre du 20 avril que j'ai déjà citée indiquent clairement que les avocats avaient reçu des propriétaires des instructions pour conclure un nouveau bail aux conditions indiquées dans ladite lettre et qu'ils ne faisaient que suivre ces instructions et agissaient comme intermédiaires de leurs clientes.

This application was presented to Grant J. upon affidavit evidence. There is no affidavit from either of the respondents Molly Geller or Bella Granatstein and no affidavit from any member of the firm of solicitors who acted for them and who wrote the letter of April 20. Under such circumstances, I am entitled to conclude, as were the courts below, that the letter of April 20 was written upon instructions of the clients and bound the clients as if it had been signed by them personally.

I turn to a much more difficult question, and in order to deal with it resume the outline of the facts.

The appellant United Trust Company had been negotiating with the respondents Geller and Granatstein for the purchase of the premises known municipally as 418 Spadina Road and on May 17, 1972 submitted a written offer to purchase to the said Geller and Granatstein. This offer was accepted by the said Geller and Granatstein on the same day. One term thereof provided:

This offer is conditional for a period of thirty days from the date of acceptance herein upon the purchaser obtaining a surrender of lease from Dominion Stores Limited which will allow the purchaser vacant possession of the premises herein on the date of closing and should such surrender not be obtained within thirty days from the date of acceptance herein then this offer shall be null and void at the purchaser's option and all deposit monies shall be returned forthwith upon demand without any deductions whatsoever.

The United Trust Company then entered into negotiations with Dominion Stores Limited in an attempt to have them surrender their lease and vacate the premises. These negotiations continued until on or about the 15th of June when two solicitors for United Trust met with an officer and the solicitor for Dominion Stores Limited in what the solicitor for United Trust Company described as being "a bona fide attempt to settle the matter which is now before the court". The said solicitor in his affidavit continued:

5. It was agreed that I would discuss with my clients the amount of rent which they would be prepared to accept from Dominion Stores should Dominion Stores lease the premises from them. As an alternative path to settlement, Mr. Shaw agreed that Mr. Morrison would deter-

Cette requête a été présentée au juge Grant sur une preuve par affidavit. Il n'y a pas d'affidavit de l'une ou l'autre des intimées, Molly Geller et Bella Granatstein, pas plus qu'il n'y en a de l'un quelconque des avocats du cabinet qui agissait pour leur compte et qui écrivit la lettre du 20 avril. Dans ces conditions, je suis autorisé à conclure, comme l'ont fait les tribunaux d'instance inférieure, que la lettre du 20 avril a été écrite sur les instructions des clientes et qu'elle liait celles-ci comme si elles l'avaient signée elles-mêmes.

J'en viens maintenant à une question beaucoup plus difficile et, avant de l'aborder, je résume les faits dans leurs grandes lignes.

United Trust Company appelante avait négocié, avec les intimées Geller et Granatstein, l'achat des locaux connus sous le numéro civique 418, chemin Spadina et, le 17 mai 1972, elle leur fit une offre écrite d'achat. L'offre, acceptée le même jour par lesdites Geller et Granatstein, contenait la disposition suivante:

[TRADUCTION] Cette offre est faite sous condition que, dans les trente jours à compter de l'acceptation, l'acheteur obtienne de Dominion Stores Limited une renonciation à son bail permettant à l'acheteur de prendre pleinement possession des lieux lors du transfert de propriété. A défaut, l'acheteur pourra considérer la présente offre comme nulle et demander le remboursement immédiat et intégral de toutes les sommes déposées.

United Trust Company entra alors en pourparlers avec Dominion Stores Limited pour tenter d'obtenir de celle-ci qu'elle renonce à son bail et libère les lieux. Les pourparlers se poursuivirent jusque vers le 15 juin, date à laquelle deux avocats de United Trust eurent avec un administrateur et l'avocat de Dominion Stores Limited une rencontre que l'avocat de United Trust Company a décrite comme [TRADUCTION] «une tentative sincère de régler la question qui est maintenant devant la cour». Dans son affidavit, il ajoutait:

[TRADUCTION] 5. Il fut convenu que je discuterais avec ma cliente du montant du loyer qu'elle serait prête à accepter de Dominion Stores au cas où cette dernière lui louerait les locaux. Pour en arriver à un règlement M. Shaw accepta aussi que M. Morrison fixe le montant de

mine the amount of compensation which Dominion Stores would accept to reimburse them for the alleged out-of-pocket expenses incurred and for the loss of the location.

The representatives of the two parties parted on that basis and no further negotiations seem to have taken place but on the same June 15, 1972 the United Trust Company, not its solicitor, wrote to Mrs. Geller and Mrs. Granatstein the following letter:

Re: 418 Spadina Road, Toronto

Dear Mrs. Geller and Mrs. Granatstein:

This letter will confirm that we intend to waive our rights with respect to the condition about obtaining vacant possession of the above property from Dominion Stores Limited as set out in the agreement between United Trust Company and yourselves dated May 17th, 1972.

Therefore, we have instructed our solicitors, Goodman & Goodman to proceed to close the transaction.

I would like to take this opportunity to thank you for the courtesy extended to us by reducing the interest rate on the mortgage back to 8%.

It was quite apparent therefore that rather than continue to negotiate with Dominion Stores Limited, United Trust Company were ready to waive the condition in the accepted offer to purchase of May 17, 1972 which made the transaction dependent upon its success in obtaining a surrender of the Dominion Stores lease. The final paragraph of that letter is also most noteworthy. The offer to purchase which I have recited above provided for interest at the rate of 9 per cent per annum. On the basis that the United Trust Company was not going to be able to obtain possession of the premises free from lease, it succeeded in reducing the interest on the mortgage back by one per cent per year.

It was only on May 25, 1972 that the solicitors for the respondents Geller and Granatstein replied to the Dominion Stores' letter of April 28, which I have quoted above, and that reply read:

Attention: Mr. J. R. Morrison, Solicitor, Legal Department

Dear Mr. Morrison:

l'indemnité que Dominion Stores accepterait pour la rembourser des dépenses qu'elle prétendait avoir engagées et l'indemniser de la perte des locaux.

Les représentants des deux parties se séparèrent là-dessus et il ne semble pas y avoir eu d'autres pourparlers, mais ce même 15 juin 1972, United Trust Company, et non pas son avocat, écrivit à mesdames Geller et Granatstein la lettre suivante:

[TRADUCTION]

Objet: 418, chemin Spadina, Toronto

Chère madame Geller, chère madame Granatstein.

La présente est pour vous confirmer que nous désirons renoncer à nos droits à l'égard de la condition posée dans l'entente intervenue entre United Trust Company et vous-mêmes le 17 mai 1972 et selon laquelle nous entendions obtenir de Dominion Stores Limited qu'elle libère l'immeuble.

En conséquence, nous avons donné instructions à nos avocats, Goodman & Goodman, de conclure la transaction.

Je profite de l'occasion pour vous remercier d'avoir bien voulu nous consentir une réduction du taux d'intérêt sur l'hypothèque à 8%.

Il est donc évident que, plutôt que de continuer à négocier avec Dominion Stores Limited, United Trust Company était prête à renoncer à la condition posée dans l'offre d'achat acceptée du 17 mai 1972 qui subordonnait le succès de la transaction à l'obtention d'une renonciation de Dominion Stores à son bail. L'alinéa final de cette lettre vaut également la peine d'être noté. L'offre d'achat que j'ai citée plus haut prévoyait un taux d'intérêt de 9 pour cent par an. Voyant qu'il n'allait pas lui être possible de prendre possession des lieux libres de tout bail, United Trust Company réussit à faire réduire de 1 pour cent l'intérêt annuel de l'hypothèque.

Ce n'est que le 25 mai 1972 que les avocats des intimées Geller et Granatstein répondirent en ces termes à la lettre précitée de Dominion Stores du 28 avril.

[TRADUCTION] A l'attention de: M^e J. R. Morrison, Avocat, Contentieux

Cher maître,

Further to your letter to us of April 28th, and further to our recent telephone conversation with Mr. Munro, please be advised that our clients have instructed us to advise you that they have no intention of executing the documents which you have forwarded as the said documents do not meet with the approval of the writer nor our clients in their form and substance.

At this time, we are returning your draft Agreements to you.

Although the offer to purchase provided for closing "on or before the 31st of July 1972", the transaction was closed between the respondents Geller and Granatstein as vendors and the United Trust Company as purchasers on June 21, 1972, and the following day, without any notice to Dominion Stores Limited, United Trust Company placed a new door with a new lock on the premises at 418 Spadina Road and excluded Dominion Stores Limited from the premises, although Dominion Stores had paid rent for the period up to and including June 30, 1972. On the same June 21, 1972, the solicitors for United Trust Company wrote to the Dominion Stores Limited a letter which read:

Re: United Trust
418 Spadina Road
Geller and Granatstein

Dear Nat:

Subsequent to our meeting last Thursday we met with the vendors' solicitors to attempt to obtain an extension of the time for the fulfilment of the condition in the contract, to enable us to further explore the possibility of a settlement with Dominion Stores Limited.

The vendors refused to grant an extension and accordingly our client had no alternative other than to close the transaction which was completed today. Notwithstanding, I am instructing our client to provide us with the information as per our discussion so that we can, without prejudice to the legal rights of either party, attempt to settle this matter.

The first paragraph of this letter is rather interesting. It refers to a meeting on "last Thursday". June 21 would appear to have been a Wednesday. If so, the previous Thursday would have been the 15th, but on June 15 United Trust Company was writing to Mrs. Geller and Mrs. Granatstein waiv-

Suite à votre lettre du 28 avril et à notre récente conversation téléphonique avec M. Munro, nous vous avisons, selon les instructions que nous ont données nos clientes à cet effet, que celles-ci n'ont pas l'intention de signer les documents que vous nous avez envoyés, le soussigné ni nos clientes n'en approuvent la forme et le contenu.

En conséquence, nous vous retournons vos projets de contrat.

Bien que l'offre d'achat prévît que la transaction serait conclue «au plus tard le 31 juillet 1972», elle le fut le 21 juin 1972 entre les intimées Geller et Granatstein en qualité de vendeurs et United Trust Company en qualité d'acheteur. Le jour suivant, United Trust Company, sans en avoir avisé Dominion Stores Limited, fit mettre une nouvelle porte avec une nouvelle serrure aux locaux du 418, chemin Spadina et en interdit l'accès à Dominion Stores Limited, bien que celle-ci eût payé son loyer jusqu'au 30 juin 1972 inclusivement. Ce même 21 juin 1972, les avocats de United Trust Company écrivirent en ces termes à Dominion Stores Limited:

[TRADUCTION]
Objet: United Trust
418, chemin Spadina
Geller et Granatstein

Cher Nat:

Suite à notre réunion de jeudi dernier, nous avons rencontré les avocats des vendeurs pour essayer d'obtenir une prolongation du délai dans lequel devait être remplie la condition prévue au contrat, afin de nous permettre d'explorer davantage la possibilité d'un arrangement avec Dominion Stores Limited.

Les vendeurs ont refusé d'accorder un délai supplémentaire, si bien que notre cliente n'avait pas d'autre solution que de conclure la transaction, ce qui a été fait aujourd'hui. Cependant, je recommande à notre cliente de nous fournir les informations relatives à notre discussion de sorte que nous puissions, sans préjuger des droits des deux parties, tenter de régler cette question.

Le premier paragraphe de cette lettre est plutôt intéressant. Il se réfère en effet à une réunion de «jeudi dernier». Or le 21 juin était un mercredi. S'il en est ainsi, le jeudi précédent aurait été le 15, mais le 15 juin, United Trust Company écrivait à mesdames Geller et Granatstein pour renoncer à la

ing the condition which entitled them to a surrender of the Dominion Stores' lease before they could be required to close the transaction and purchase the premises. It is difficult to understand how there could have been any negotiation at the time specified in that letter other than one to reduce the cost to United Trust Company and such negotiation was in fact successful when the rate on the interest was reduced. Such rejection was, of course, on the basis that United Trust would have to take the title to the premises subject to the lease and the solicitors for the respondents Geller and Granatstein accepted this understanding when they wrote to the solicitors for the United Trust Company on June 19, 1972 saying in part:

Since your clients have now agreed to waive the condition in the said Agreement of Purchase and Sale, it now appears that your clients have agreed to assume the tenancy obligations with Dominion Stores Limited.

[The underlining is my own.]

On July 7, 1972, the solicitors for Dominion Stores Limited delivered to the solicitors for the United Trust Company a letter demanding that possession be returned and on July 10, 1972 the same solicitors for Dominion Stores Limited delivered to the same solicitors for United Trust Company a letter enclosing a cheque dated July 7, 1972. The cheque was returned. The Dominion Stores Limited, therefore, commenced these proceedings.

The title to the premises at 418 Spadina Road, Toronto, is under the provisions of *The Land Titles Act*, R.S.O. 1970, c. 234, as amended by 1972 Statutes of Ontario, cc. 1 and 132, and 1973, c. 39.

The appellant United Trust Company admits it had full actual notice of the lease which the respondent Dominion Stores Limited held on the premises and indeed it could not say otherwise as its officers had engaged in long negotiations with the officers of Dominion Stores Limited in an attempt to obtain a surrender of that lease and the offer to purchase made by the appellant United Trust Company to the respondents Geller and Granatstein was originally subject to the condition that such surrender of lease could be obtained

condition qui lui donnait le droit d'obtenir de Dominion Stores une renonciation à son bail avant d'être obligée de conclure la transaction et d'acheter les locaux. On ne voit guère ce qui aurait pu être négocié à la date indiquée dans la lettre, si ce n'est une réduction de coût en faveur de United Trust Company et, de fait, cela fut négocié avec succès, puisque le taux d'intérêt fut réduit. Ce rabais s'explique évidemment si l'on prend pour acquis que United Trust, en devenant propriétaire des locaux, allait devoir honorer le bail et c'est bien ainsi que l'entendaient les avocats des intimées Geller et Granatstein lorsque, le 19 juin 1972, ils écrivirent notamment ceci aux avocats de United Trust Company:

[TRADUCTION] Votre cliente ayant maintenant accepté de renoncer à la condition posée dans le contrat de vente, il semble maintenant qu'elle ait accepté d'assumer les obligations du bail à l'égard de Dominion Stores Limited.

[C'est moi qui souligne.]

Le 7 juillet 1972, les avocats de Dominion Stores Limited remirent aux avocats de United Trust Company une lettre mettant celle-ci en demeure de rendre la possession des lieux et, le 10 juillet 1972, les mêmes avocats de Dominion Stores Limited remirent à ceux de United Trust Company une lettre contenant un chèque daté du 7 juillet 1972. Le chèque fut retourné. En conséquence, Dominion Stores Limited entama les présentes procédures.

Le titre de propriété sur les locaux du 418, chemin Spadina, à Toronto, est régi par les dispositions de la *Land Titles Act*, R.S.O. 1970, c. 234, modifié par les Lois de l'Ontario de 1972, cc. 1 et 132, et de 1973, c. 39.

L'appelante, United Trust Company, admet qu'elle avait pleinement connaissance du bail consenti sur les locaux à Dominion Stores Limited intimée et elle ne pouvait guère prétendre le contraire, puisque ses administrateurs avaient entrepris de longues négociations avec ceux de Dominion Stores Limited pour essayer d'obtenir que cette dernière renonce à son bail et que l'offre d'achat faite par United Trust Company appelante aux intimées Geller et Granatstein était subordonnée à l'origine à l'obtention d'une telle renonciation.

from the respondent Dominion Stores Limited. It is the contention, however, of the appellant that under the provisions of *The Land Titles Act* the lease to Dominion Stores Limited never having been registered on the title in accordance with the provisions of that Act the purchaser took free of any encumbrances created by that lease. Put baldly, this contention is that under the Ontario *Land Titles Act*, apart from fraud, actual notice of a non-registered instrument is ineffective to put the burden of the encumbrance resulting therefrom upon a purchaser for value.

It should first be noted that by the express provisions of *The Land Titles Act*, *i.e.* s. 51(1), para. 4, any lease for a period with less than three years to run is protected despite lack of registration by providing that the title is subject to such a lease which for the purpose of the Act should be deemed to be not an encumbrance and, therefore, not requiring registration. As pointed out by Grant J., the lease to Dominion Stores Limited, apart from any right of or option of extension, did not expire until November 30, 1975, and the United Trust Company closed the purchase from the respondents Geller and Granatstein on June 21, 1972, more than three years prior to the expiry of the term and, therefore, the lease was not protected by the provisions of s. 51(1).4.

The appellant submits, in support of its contention, the provisions of ss. 52, 75, 78, 79, 85(5), 91 and 115(5) of *The Land Titles Act*. Section 52 deals with a first registration and is not applicable upon the present appeal. I set out the other sections cited by the appellant:

75. (1) No person, other than the registered owner, is entitled to transfer or charge registered freehold or leasehold land by a registered disposition.

(2) Subject to the maintenance of the estate and right of the registered owner, a person having a sufficient estate or interest in the land may create estate, rights, interests and equities in the same manner as he might do if the land were not registered.

78. (1) Any person entitled to or interested in any unregistered estates, rights, interests or equities in registered land may protect the same from being impaired by

L'appelante prétend toutefois qu'en vertu des dispositions de la *Land Titles Act*, le bail de Dominion Stores Limited n'ayant jamais été enregistré contre le titre de propriété conformément à ces dispositions, l'acheteur a acquis ce dernier libre de toutes charges résultant de ce bail. Cela revient à dire, tout uniment, qu'en vertu de la *Land Titles Act* et en l'absence de fraude, la charge résultant d'un acte non enregistré dont un acquéreur à titre onéreux a eu la connaissance actuelle, est inopposable à ce dernier.

Il faut d'abord noter qu'en vertu des dispositions expresses de l'art. 51(1), al. 4, de la *Land Titles Act*, tout bail venant à expiration dans un délai de moins de trois ans est protégé malgré le défaut d'enregistrement: le titre de propriété est assujéti à un tel bail, lequel doit être censé, pour les fins de la Loi, ne pas être une charge et, en conséquence, ne pas nécessiter un enregistrement. Comme l'a souligné le juge Grant, le bail de Dominion Stores Limited, réserve faite de tout droit ou option de prolongation, n'expirait que le 30 novembre 1975 et United Trust Company a conclu la vente avec les intimées Geller et Granatstein le 21 juin 1972, soit plus de trois ans avant le terme. Il en résulte que le bail n'était pas protégé par les dispositions de l'art. 51(1).4.

A l'appui de ses prétentions, l'appelante invoque les dispositions des art. 52, 75, 78, 79, 85(5), 91 et 115(5) de la *Land Titles Act*. L'article 52 vise un premier enregistrement et n'a pas d'application dans le présent pourvoi. Je reproduis les autres articles cités par l'appelante:

[TRADUCTION] 75. (1) Aucune personne, autre que le propriétaire enregistré, ne peut, par acte de disposition enregistré, transférer ou grever des biens-fonds détenus en pleine propriété ou à bail.

(2) Sous réserve du maintien de la tenure et des droits du propriétaire enregistré, une personne qui a un droit suffisant de tenure ou autre sur un bien-fonds peut constituer des droits de tenure et autres de la même manière qu'elle pourrait le faire si le bien-fonds n'était pas enregistré.

78. (1) Toute personne ayant un titre légitime à des droits de tenure ou autres non enregistrés sur un bien-fonds enregistré ou qui y possède un intérêt, peut protégé

any act of the registered owner by entering on the register such notices, cautions, inhibitions or other restrictions as are authorized by this Act or by the director of titles.

(2) Where a notice, caution, inhibition or restriction is registered, every registered owner of the land and every person deriving title through him, excepting owners and encumbrances registered prior to the registration of such notice, caution, inhibition or restriction, shall be deemed to be affected with notice of any unregistered estate, right, interest or equity referred to therein.

79. (1) No person, other than the parties thereto, shall be deemed to have any notice of the contents of any instruments, other than those mentioned in the existing register of title of the parcel or land or that have been duly entered in the books of the office kept for the entry of instruments received or are in the course of entry.

(2) For the purposes of subsection 1, the Highways register mentioned in clause *c* of section 182 shall be deemed to be a book kept for the entry of instruments.

(3) Subject to the regulations, the Trans-Canada Pipe Line register established under clause *c* of section 182 shall be deemed, for the purposes of this Act, to be a register of the title of land or interests therein, including easements, owned by Trans-Canada Pipe Lines Limited.

85. (5) Subject to any entry to the contrary in the register and subject to this Act, instruments registered in respect of or affecting the same estate or interest in the same parcel of registered land as between themselves rank according to the order in which they are entered in the register and not according to the order in which they were created, and, notwithstanding any express, implied or constructive notice, are entitled to priority according to the time of registration.

91. A transfer for valuable consideration of land registered with an absolute title, when registered, confers on the transferee an estate in fee simple in the land transferred, together with all rights, privileges and appurtenances, subject to,

- (a) the encumbrances, if any, entered or noted on the register; and
- (b) the liabilities, rights and interests, if any, as are declared for the purposes of this Act not to be encumbrances, unless the contrary is expressed on the register,

ger lesdits droits contre tout acte du propriétaire enregistré en faisant inscrire dans le registre tous avis, mises en garde, interdictions ou réserves autorisés par la présente loi ou le directeur de l'enregistrement.

(2) Lorsqu'un avis, mise en garde, interdiction ou réserve est enregistré, tout propriétaire enregistré du bien-fonds ainsi que toute personne qui tient un titre de lui, à l'exception des détenteurs de charges enregistrées avant l'enregistrement de cet avis, mise en garde, interdiction ou réserve, sont censés être touchés par l'avis de tous droits de tenure ou autres non enregistrés qui y sont mentionnés.

79. (1) Nul, en dehors des parties intéressées, n'est présumé avoir une connaissance quelconque du contenu d'un acte, à part celui qui est indiqué sur le registre existant du titre de la parcelle de terrain, ou qui a été dûment inscrit sur les registres tenus par le bureau aux fins d'enregistrer les actes reçus, ou qui est en voie d'enregistrement.

(2) Aux fins du paragraphe 1, le registre des routes mentionné à l'alinéa *c* de l'article 182 est censé être un livre tenu pour l'inscription d'actes instrumentaires.

(3) Sous réserve des règlements, le registre de la Trans-Canada Pipe Line créé en vertu de l'alinéa *c* de l'article 182 est censé, pour les fins de la présente loi, être un registre des titres de propriété ou des autres droits sur des biens-fonds, y compris des servitudes, détenus par la Trans-Canada Pipe Lines Limited.

85. (5) Sous réserve de toute inscription contraire dans le registre et de la présente loi, les actes enregistrés concernant ou grevant le même droit de tenure ou autre sur la même parcelle de terrain enregistré prennent rang entre eux dans l'ordre où ils ont été inscrits dans le registre et non dans l'ordre où ils ont été passés et, nonobstant toute connaissance actuelle ou présumée, par avis formel ou autrement, ils ont priorité selon la date de l'enregistrement.

91. Lorsqu'il est enregistré, le transfert à titre onéreux d'un bien-fonds enregistré avec un titre exclusif confère à l'acquéreur une tenure en propriété absolue sur le bien-fonds transféré, ainsi que tous droits, privilèges et dépendances, sous réserve

- a) des charges, s'il en est, inscrites ou notées au registre; et
- b) des obligations, droits et intérêts, s'il en est, déclarés ne pas être des charges pour les fins de la présente loi, à moins que le contraire ne soit exprimé au registre,

and to such rights, privileges and appurtenances, subject also to any qualifications, limitation or encumbrance to which the same are expressed to be subject in the register, or where such rights, privileges and appurtenances are not registered, then subject to any qualification, limitation or encumbrance to which the same are subject at the time of the transfer, but free from all estates and interests whatsoever, including estates and interests of Her Majesty, that are within the legislative jurisdiction of Ontario.

115. (1) A lessee or other person entitled to or interested in a lease or agreement for a lease of registered land may apply to the proper master of titles to register notice of the lease or agreement in the prescribed manner.

I shall deal with these sections hereafter.

It is the appellant's argument that the enactment of the Torrens land titles system in the Province of Ontario made applicable in that province the main theory of a Torrens title registration system, to wit, the absolute authority of the register, and that it is the effect of such a principle that actual notice, no matter how clearly proved so long as encumbrances do not appear on the register, does not affect the clear title of the purchaser for value. I am ready to agree that this is a prime principle of the Torrens system and that it has been referred to as such by various text writers which I need not cite in support thereof.

The Torrens Registration System was the brainchild of a Mr. Robert Torrens of South Australia and, due to his perseverance, a statute embodying the principles of his land titles system was enacted in South Australia in 1857. Similar statutes based on the same principles and using the same technique were enacted in rapid succession in Queensland in 1861, in Tasmania, Victoria and New South Wales in 1862, in New Zealand in 1870, and in Western Australia in 1874. Use of the system spread to Canada and a like statute was enacted in the Colony of Vancouver Island in 1861, and then in the Province of British Columbia in 1869. The *Land Titles Act* was enacted in Ontario in 1885. At that time, the Legislature in Ontario had before it as models all these

et de tous droits, privilèges et dépendances, sous réserve également de toutes réserves, restrictions ou charges auxquelles ils sont déclarés assujettis dans le registre ou, quand de tels droits, privilèges et dépendances ne sont pas enregistrés, sous réserve de toutes réserves, restrictions ou charges auxquelles ils sont assujettis au moment du transfert, mais libres de toutes tenures et autres droits quels qu'ils soient, y compris les tenures et autres droits de Sa Majesté, qui relèvent de la compétence législative de l'Ontario.

115. (1) Un locataire ou une autre personne ayant un titre légitime ou un intérêt dans un bail ou contrat en vue d'une cession à bail d'un bien-fonds enregistré peut s'adresser au *master* ou contrôleur des titres compétent afin de faire enregistrer l'avis de bail ou de contrat de la manière prescrite.

Je reviendrai plus loin sur ces articles.

L'appelante soutient que l'adoption par la province de l'Ontario du système Torrens d'enregistrement de titres de biens-fonds a rendu applicable à cette province la théorie principale de ce système, à savoir l'autorité absolue du registre, et que l'effet d'un tel principe est que la connaissance actuelle, si clairement prouvée soit-elle tant que les charges ne figurent pas au registre, n'affecte pas le titre clair de l'acquéreur à titre onéreux. Je suis disposé à admettre que c'est là le principe fondamental du système Torrens, tel que de nombreux auteurs, qu'il ne me paraît pas nécessaire de citer, l'ont exprimé.

Le système d'enregistrement Torrens a été conçu par un nommé Robert Torrens d'Australie-Méridionale et, grâce à sa persévérance, une loi renfermant les principes de son système d'enregistrement de titres de biens-fonds a été passée en Australie-Méridionale en 1857. Des lois analogues, fondées sur les mêmes principes et utilisant la même technique, ont été successivement et rapidement passées au Queensland en 1861, en Tasmanie, en Victoria et en Nouvelles-Galles du Sud en 1862, en Nouvelle-Zélande en 1870, et en Australie-Occidentale en 1874. Le système a gagné le Canada et une loi semblable a été passée dans la Colonie de l'Île de Vancouver en 1861, puis dans la province de la Colombie-Britannique en 1869. La *Land Titles Act* de l'Ontario a été passée en

previous enactments which I have listed. In every case, those enactments contained an express provision making actual notice ineffective to encumber the registered title.

The subsequent enactment of Land Titles Acts in Alberta, Saskatchewan and Manitoba contained like provision. In Ontario, no such provision appeared. The respondent Dominion Stores Limited submits that this omission is crucial and certainly could not be considered to be an accident.

Counsel for the respondent Dominion Stores Limited submits, and I agree with him, that the many cases cited by counsel for the appellant for the proposition that actual notice is ineffective, including some cases which bear an almost exact resemblance to the present, are cases which depend upon the statutory provisions in the various jurisdictions containing such express provision and, therefore, are irrelevant in considering the situation in Ontario which lacks such a provision. I have read the authorities cited by the appellant and I do find that in each of those cases there is express reference to such a section. As an example, may be cited the provisions of s. 203 of *The Land Titles Act* of Alberta, R.S.A. 1970, c. 198, which I quote:

203. Except in the case of fraud, no person contracting or dealing with or taking or proposing to take a transfer, mortgage, encumbrance or lease from the owner of any land in whose name a certificate of title has been granted shall be bound or concerned to inquire into or ascertain the circumstances in or the consideration for which the owner or any previous owner of the land is or was registered or to see to the application of the purchase money or of any part thereof, nor is he affected by notice direct, implied, or constructive, of any trust or unregistered interest in the land, any rule of law or equity to the contrary notwithstanding, and the knowledge that any trust or unregistered interest is in existence shall not of itself be imputed as fraud.

[R.S.A. 1955, c. 170, s. 203]

1885. A cette époque, la Législature de l'Ontario avait devant elle, comme modèles, tous les textes législatifs antérieurs que je viens d'énumérer. Toutes ces lois contenaient une disposition expresse selon laquelle la connaissance actuelle ne pouvait avoir pour effet de grever le titre enregistré.

Les *Land Titles Acts* passées postérieurement en Alberta, en Saskatchewan et au Manitoba contenaient une disposition semblable. En Ontario, il n'en a rien été. Dominion Stores Limited intimée soutient que cette omission est cruciale et ne peut certainement pas être considérée comme un accident.

L'avocat de Dominion Stores Limited soutient, et je suis d'accord avec lui, que la jurisprudence volumineuse citée par l'avocat de l'appelante à l'appui de la thèse selon laquelle la connaissance actuelle est sans effet, certaines affaires présentant une similitude presque parfaite avec la présente, provient de ressorts dans lesquels existent des dispositions législatives expresses en ce sens et qu'en conséquence, elle ne peut servir à trancher la situation en Ontario où de telles dispositions sont absentes. J'ai lu la jurisprudence citée par l'appelante et effectivement, dans chacune de ces affaires, on se réfère expressément à de telles dispositions. A titre d'exemple, on peut citer les dispositions de l'art. 203 de *The Land Titles Act* de l'Alberta, R.S.A. 1970, 198:

[TRADUCTION] 203. Sauf en cas de fraude, aucune personne qui contracte ou traite avec le propriétaire d'un bien-fonds au nom duquel a été accordé un certificat de propriété ou qui en fait ou se propose de s'en faire consentir une cession, une hypothèque, une charge ou un bail, ne sera tenue de quelque façon de s'informer ou de s'assurer des circonstances ou de la cause pour lesquelles le propriétaire ou tout propriétaire antérieur du bien-fonds est ou a été enregistré ni de s'enquérir de l'emploi de tout ou partie du prix d'achat; pas davantage n'est-elle affectée par la connaissance directe, implicite ou présumée qu'elle peut avoir de toute fiducie ou droit non enregistré sur le bien-fonds, nonobstant toute règle de droit ou d'*equity* contraire, et le fait qu'elle connaisse l'existence d'une fiducie ou d'un droit non enregistré ne sera pas en soi imputé comme fraude.

[R.S.A. 1955, c. 170, art. 203]

There is no doubt that when such a term appears in the governing statute, the result is that unregistered encumbrances fail in any way to affect the title of the purchaser for value.

Lord Buckmaster said in *Waimiha Sawmilling Company Limited v. Waione Timber Company Limited*¹⁰, at p. 106:

The first of these sections provides in plain language that, except in the case of fraud, the registered proprietor of land holds it freed from everything except what is notified on the register, subject to the three exceptions, not one of which is relevant for the present purpose; *while s. 197 expressly declares that knowledge of the existence of an unregistered interest shall not of itself be imputed as fraud.*

[The emphasis is my own.]

and adopted the definition of "fraud" given by Lord Lindley in *Assets Co. v. Mere Roihi and others*,¹¹ at p. 210:

... by fraud in these Acts is meant actual fraud, i.e., dishonesty of some sort, not what is called constructive or equitable fraud—an unfortunate expression and one very apt to mislead, but often used, for want of a better term, to denote transactions having consequences in equity similar to those which flow from fraud.

However, in Ontario, only a few years after the enactment of *The Land Titles Act*, the courts have expressed a disinclination to imply such an extinction of the doctrine of actual notice. There is no doubt that such doctrine as to all contractual relations and particularly the law of real property has been firmly based in our law since the beginning of equity. It was the view of those courts, and it is my view, that such a cardinal principle of property law cannot be considered to have been abrogated unless the legislative enactment is in the clearest and most unequivocal of terms. Such a provision, as I have said, does appear in all the other statutes cited by the appellant.

¹⁰ [1926] A.C. 101.

¹¹ [1905] A.C. 176.

Il n'est pas douteux que lorsque la loi applicable contient de telles dispositions, il en résulte que les charges non enregistrées ne sauraient en aucune manière grever le titre de l'acquéreur à titre onéreux.

Dans *Waimiha Sawmilling Company Limited v. Waione Timber Company Limited*¹⁰, lord Buckmaster déclarait à la p. 106:

[TRADUCTION] Le premier de ces articles prévoit en termes clairs que, sauf en cas de fraude, le propriétaire enregistré d'un bien-fonds le détient libre de tout ce qui n'est pas inscrit dans le registre, sous réserve de trois exceptions dont aucune ne s'applique ici; *tandis que l'art. 197 déclare expressément que la connaissance de l'existence d'un droit non enregistré ne sera pas, en elle-même, imputée comme fraude.*

[Les italiques sont de moi.]

et adoptait la définition de la «fraude» donnée par lord Lindley dans *Assets Co. c. Mere Roihi et autres*¹¹, à la p. 210:

[TRADUCTION] ... ce que l'on entend par fraude dans ces lois, c'est une fraude réelle, c.-à-d. une malhonnêteté quelconque et non ce que l'on appelle la fraude présumée ou «équitable»—expression malheureuse et très trompeuse mais que l'on emploie souvent, faute de mieux, pour qualifier des transactions qui, en *equity*, entraînent des conséquences semblables à celles qui découlent de la fraude.

En Ontario, toutefois, quelques années seulement après que la *Land Titles Act* a été passée, les tribunaux ont exprimé leur répugnance à admettre une telle disparition de la doctrine de la connaissance actuelle. Il ne fait aucun doute que cette doctrine, qui s'étend à toutes les relations contractuelles et au droit des biens en particulier, est solidement implantée dans notre droit depuis les débuts de l'*equity*. Ces tribunaux ont donc estimé, et c'est également mon point de vue, qu'en l'absence de dispositions législatives parfaitement claires et dépourvues d'équivoque, un principe aussi fondamental du droit des biens ne peut pas être considéré comme abrogé. De telles dispositions, comme je l'ai indiqué, figurent en effet dans toutes les autres lois citées par l'appelante.

¹⁰ [1926] A.C. 101.

¹¹ [1905] A.C. 176.

The view of the Ontario courts was expressed by Meredith J. in *Re Skill and Thompson*¹². There, a master of titles had made an order in which he refused to expunge from the register a caution which was registered by a person claiming under an agreement to purchase from the person who had been the owner and who had, despite such agreement to purchase in the hands of the person, conveyed to one who became the registered owner on the title. Riddell J. allowed an appeal from the master of titles and ordered that the caution be expunged. Thompson appealed to the Divisional Court composed of Meredith C.J.C.P. and Anglin and Mabee JJ. and Mabee J. gave the reasons for the Divisional Court in reversing Riddell J. Skill then appealed to the Court of Appeal composed of Moss C.J.O. and Osler, Garrow, and Maclaren JJ.A. In the Court of Appeal, Meredith J.A. alone dealt with the point and his statement has been quoted ever since as expressing the Ontario view as to the effect of actual notice. It was:

MEREDITH J.A.: The Land Titles Act is not an Act to abolish the law of real property; it is an Act far more harmless in that respect than in some quarters seems to be imagined, at times, at all events, when the wish is father to the imagination. It is an Act to simplify titles and facilitate the transfer of land; and, doubtless, greater familiarity with it will tend to remove a good many false notions regarding its revolutionary character. Its main purpose is to assure the title to a purchaser from a registered owner; but, surely, it is not one of its purpose to protect a registered owner against his own obligations, much less against his own fraud:

Some years later, in 1914, in *John Macdonald & Co. Limited v. Tew*¹³, Mulock C.J. Ex. said at p. 265:

The Land Titles Act deals simply with the question of registration; it does not interfere with any common law or other rights of an owner of land to mortgage the same by instrument not capable of registration under the

Le point de vue des tribunaux ontariens a été exprimé par le juge Meredith dans *Re Skill and Thompson*¹². Il s'agissait d'un contrôleur des titres qui avait rendu une ordonnance dans laquelle il refusait de rayer du registre une mise en garde enregistrée par une personne qui poursuivait en vertu d'une promesse de vente obtenue de l'ancien propriétaire du bien-fonds. En dépit de la promesse que détenait la personne en question, ce dernier avait vendu à un tiers qui était devenu propriétaire enregistré. Le juge Riddell fit droit à l'appel de la décision du contrôleur des titres et ordonna la radiation de la mise en garde. Thompson fit appel à la Cour divisionnaire composée du juge en chef [des *common pleas*] Meredith et des juges Anglin et Mabee. Le juge Mabee rédigea les motifs de la Cour divisionnaire, infirmant la décision du juge Riddell. Skill s'adressa alors à la Cour d'appel composée du juge en chef Moss et des juges Osler, Garrow et Maclaren. En Cour d'appel, seul le juge Meredith traita de la question et son exposé a toujours été cité depuis comme exprimant la position de l'Ontario sur l'effet de la connaissance actuelle. Le voici:

[TRADUCTION] Le juge d'appel MEREDITH: La *Land Titles Act* n'est pas une loi abolissant le droit des biens immobiliers; elle est, à cet égard, beaucoup plus inoffensive qu'on ne semble parfois l'imaginer dans certains milieux, à tout le moins quand on se laisse aller à prendre ses désirs pour des réalités. C'est une loi destinée à simplifier les titres de propriété et à faciliter les transferts de biens-fonds; et il n'est pas douteux que lorsqu'on sera plus familier avec elle, bon nombre d'idées fausses sur son caractère révolutionnaire tendront à disparaître. Son principal objet est de garantir le titre de celui qui achète d'un propriétaire enregistré; mais il n'entre certainement pas dans ses buts de protéger un propriétaire enregistré contre ses propres obligations et encore moins contre sa propre fraude.

Quelques années plus tard, en 1914, dans *John Macdonald & Co. Limited v. Tew*¹³, le juge en chef Mulock de la Division de l'Échiquier déclara à la p. 265:

[TRADUCTION] La *Land Titles Act* traite simplement de la question de l'enregistrement et ne porte nullement atteinte aux droits que possède le propriétaire du bien-fonds, en vertu de la *common law* ou autrement, d'hypo-

¹² (1908), 17 O.L.R. 186.

¹³ (1914), 32 O.L.R. 262.

¹² (1908), 17 O.L.R. 186.

¹³ (1914), 32 O.L.R. 262.

Land Titles Act. The appellant, being a volunteer, acquired by the transfer from the mortgagor to him only the mortgagor's interest, or, in other words, took subject to the respondent company's lien: *National Bank of Australasia v. Morrow* (1887), 13 V.L.R. 2; *Jellett v. Wilkie* (1896), 26 S.C.R. 289.

Now it is true that in *Macdonald v. Tew* Chief Justice Mulock was dealing, as he said, with a person who as assignee for creditors was not a purchaser for value but his statement as to the effect of *The Land Titles Act* upon the common law rights of an owner of land to mortgage, or to lease, is indicative of the view held by Ontario courts.

The next decision in Ontario to which I wish to refer is *Re Jung and Montgomery*¹⁴. There, Duranceau D.C.J. had considered a landlord's application for possession. The landlord and a tenant had both been the tenants of adjoining parcels of land held under *The Land Titles Act*. The landlord purchased the parcel which he had previously leased and the parcel leased by Montgomery. Montgomery's lease, including the option to renew, ran for more than three years. Jung, the new registered owner, had full knowledge of Montgomery's tenancy at the time he purchased from the previous owner. After having closed the transaction, Jung continued to accept rental from Montgomery but later made application for possession. This latter fact, in my view, could have determined the case simply on the basis that Jung had accepted Montgomery as his tenant and was saddled with Montgomery's lease. The learned district court judge, however, mentioned this point only at the close of his reasons and devoted the main portion thereof to a consideration of the question of whether Jung's actual notice of Montgomery's lease prior to his having closed the transaction of purchase resulted in him having to take title subject to Montgomery's lease and held that it did so relying particularly on *Skill and Thompson* and *Macdonald v. Tew* which I have cited above. Jung appealed to the Court of Appeal and the

théquer celui-ci par un acte qui n'est pas susceptible d'enregistrement en vertu de ladite loi. Étant cessionnaire sans contrepartie, l'appelante n'a acquis que les droits que pouvait lui transférer le débiteur hypothécaire, sous réserve, autrement dit, du privilège de la compagnie intimée: *National Bank of Australasia v. Morrow* (1887), 13 V.L.R. 2; *Jellett c. Wilkie* (1896), 26 R.C.S. 289.

Bien sûr, il est vrai que dans cette affaire le juge en chef Mulock traitait, comme il l'a dit, d'une personne qui, en tant que syndic, n'était pas un acquéreur à titre onéreux, mais son exposé des effets de la *Land Titles Act* sur le droit qu'a le propriétaire d'un bien-fonds, en *common law*, de l'hypothéquer ou de le louer, est une indication de la position des tribunaux ontariens.

Une autre décision ontarienne à laquelle je veux me référer est *Re Jung and Montgomery*¹⁴. Dans cette affaire, le juge de cour de district Duranceau avait à étudier la demande de mise en possession d'un propriétaire. Le propriétaire et un locataire avaient été tous les deux locataires de lots contigus détenus en vertu de la *Land Titles Act*. Puis le propriétaire a acheté le lot qu'il louait antérieurement ainsi que celui qui était loué par Montgomery. Le bail de Montgomery, y compris l'option de renouvellement, couvrait plus de trois ans. Jung, le nouveau propriétaire enregistré, avait pleine connaissance du bail de Montgomery au moment où il avait acheté le bien-fonds à l'ancien propriétaire. Après la conclusion de la transaction, Jung avait continué à accepter le loyer que lui versait Montgomery mais, plus tard, il demanda à être mis en possession. Ce dernier fait, à mon avis, aurait pu suffire à résoudre l'affaire, au motif que Jung avait accepté Montgomery comme locataire et avait pris son bail en charge. Toutefois, le savant juge de cour de district ne fit mention de cet argument qu'à la fin de ses motifs et consacra la majeure partie de ceux-ci à l'étude de la question de savoir si la connaissance actuelle que Jung avait du bail de Montgomery avant d'avoir conclu l'achat avait eu pour effet de lui faire acquérir un titre grevé du bail de Montgomery. Il jugea qu'il en était ainsi, en se fondant en particulier sur les arrêts *Skill and Thompson* et *Macdonald v. Tew*

¹⁴ [1955] 5 D.L.R. 287.

¹⁴ [1955] 5 D.L.R. 287.

disposition there is set out in the report in these words:

The court dismissed the appeal at the conclusion of the appellant's argument and orally expressed its agreement with the judgment appealed from.

In 1955 O.W.N. at p. 936, a similar notation appears.

Shortly thereafter, in 1960, *The Land Titles Act* was amended by the addition of s. 54(5). That amendment now appears as s. 85(5) of *The Land Titles Act* which I have cited above.

In *Pitcher v. Shoebottom*¹⁵, Lief J. considered a case where the plaintiff had entered into an oral agreement to buy certain lots from the defendant. Prior thereto, the defendant had approached the real estate agent for the purpose of selling his land. As a result of that agent's endeavours, an agreement had been entered into between the defendant and one Block for the sale of part of the lands in November 1960. That transaction was closed in 1960. The plaintiff took action against the defendant for specific performance of the agreement made in 1958 relying on *Jung and Montgomery*, *supra*. The defendant pleaded the provisions of what is now s. 85(5) of *The Land Titles Act*. Lief J. said at p. 112:

At the time the agreements of purchase and sale were entered into there seems to be no doubt that actual notice of an unregistered interest was sufficient to defeat a registered purchaser's claim to priority over that unregistered interest. That this was the situation at the time the agreements were entered into is supported by *Re Jung and Montgomery*, [1955] O.W.N. 931, [1955] 5 D.L.R. 287, where the Court of Appeal dismissed an appeal from the judgment of Duranceau, D.C.J., for the reasons given by him.

It is argued by the corporate defendants that the *Land Titles Amendment Act* [now s. 85(5)] has the effect of eliminating the doctrine of actual notice from the *Land Titles Act*. If this is so, and the proper law to apply in the present case is the statute as amended, the effective date of which was January 1, 1960, then this would

¹⁵ [1971] 1 O.R. 106.

que j'ai cités ci-dessus. Jung en appela à la Cour d'appel, dont la décision est rapportée en ces termes dans le recueil:

[TRADUCTION] La Cour a rejeté l'appel aussitôt après avoir entendu la plaidoirie de l'appelant et a exprimé oralement son accord avec le jugement porté en appel.

On trouve une note semblable dans 1955 O.W.N., à la p. 936.

Peu après, en 1960, la *Land Titles Act* a été modifiée pour y ajouter le par. 54(5). Cette modification se retrouve maintenant au par. 85(5) de la *Land Titles Act* que j'ai cité plus haut.

Dans *Pitcher v. Shoebottom*¹⁵, le juge Lief avait devant lui le cas d'un demandeur qui avait conclu une entente verbale avec le défendeur pour acheter certains lots à celui-ci. Antérieurement, le défendeur était entré en relation avec un agent immobilier dans le but de vendre son terrain. Les efforts de cet agent ont abouti à un accord entre le défendeur et un nommé Block, portant sur la vente d'une partie des terrains en novembre 1960. Cette transaction fut conclue en 1960. Le demandeur intenta une action contre le défendeur en exécution intégrale de l'entente intervenue en 1958, en se fondant sur l'arrêt *Jung and Montgomery*, précité. Le défendeur invoqua les dispositions de ce qui est maintenant le par. 85(5) de la *Land Titles Act*. Le juge Lief déclara à la p. 112:

[TRADUCTION] Au moment où ont été passés les contrats de vente, il ne semble pas y avoir de doute que la connaissance actuelle d'un droit non enregistré suffisait à mettre en échec la priorité invoquée par un acheteur enregistré sur ce droit non enregistré. Que telle ait été la situation au moment où les accords ont été passés, cela est démontré par l'arrêt *Re Jung and Montgomery*, [1955] O.W.N. 931, [1955] 5 D.L.R. 287, où la Cour d'appel a rejeté un appel d'un jugement du juge de cour de district Duranceau, pour les motifs donnés par celui-ci.

La compagnie défenderesse prétend que la *Land Titles Amendment Act* [par. 85(5) actuel] a pour effet d'éliminer de la *Land Titles Act* la doctrine de la connaissance actuelle. S'il en est ainsi, et le droit applicable en l'espèce est la loi modifiée puisque sa date de mise en vigueur est le 1^{er} janvier 1960, cela réglerait nécessaire-

¹⁵ [1971] 1 O.R. 106.

necessarily be an end to the matter with respect to the doctrine of actual notice.

Lieff J. found it unnecessary to decide this point as he held, as a matter of fact, that the purchaser had not notice of the unregistered interest.

In the present case, both Jessup J.A. and Arnup J.A. considered s. 85(5) in giving the reasons for the Court of Appeal, as had Grant J. upon the hearing of the application. Jessup J.A. was of the opinion that by the enactment of s. 85(5) the Legislature had disclosed the intent of the statute and that it was the intent found in the decision of *Re Jung and Montgomery*, noting:

The subsection does not purport to repeal generally the law as laid down in *Re Jung* and therefore was not enacted simply for the purpose of such repeal.

As an alternative reason for the conclusion, Jessup J.A. pointed out that s. 85(5) dealt with "instruments registered in respect of or affecting the same estate or interest in the same parcel of registered land" while the issue considered was a freehold estate in the purchaser United Trust Company and a leasehold estate in Dominion Stores Limited.

Arnup J.A., in his reasons, dealt with the argument in this term:

The appeal narrows down to the question whether the enactment of s. 85(5) in 1960 changed the law by abolishing the doctrine of actual notice. If this is what the Legislature intended, the amendment was put in a very peculiar place, having regard to the context of subsections (1) to (4) of s. 85.

With respect, I am in complete agreement with that comment. It is difficult to understand why the Legislature, faced with a decision approved in the Court of Appeal that actual notice was still in Ontario effective to encumber the registered titleholder's estate, should have attempted to eliminate such a conclusion by the enactment of a subsection in a section dealing with details of registration when an appropriate amendment in plain words of s. 52 as to first registration or s. 91 as to subsequent transfers would have been appro-

ment la question en ce qui concerne la doctrine de la connaissance actuelle.

Le juge Lieff n'estima cependant pas utile de trancher ce point car il jugea qu'en fait, l'acheteur n'avait pas eu connaissance du droit non enregistré.

Dans la présente affaire, les juges Jessup et Arnup, dans les motifs qu'ils ont donnés pour la Cour d'appel, ont tous les deux étudié le par. 85(5), comme l'avait fait le juge Grant lors de l'audition de la requête. Le juge Jessup a estimé qu'en édictant le par. 85(5), la Législature avait révélé l'intention de la Loi et que cette intention était celle exprimée dans la décision *Re Jung and Montgomery*:

[TRADUCTION] Le paragraphe n'a pas pour objet l'abrogation générale du droit établi dans l'arrêt *Re Jung* et n'a donc pas été édicté simplement dans un tel but.

A l'appui de sa conclusion, le juge Jessup a en outre souligné que le par. 85(5) traitait des [TRADUCTION] «actes enregistrés concernant ou grevant le même droit de tenure ou autre sur la même parcelle de terrain enregistré» alors qu'en l'espèce, on avait affaire à une tenure libre chez l'acheteur, United Trust Company, et à une tenure à bail chez Dominion Stores Limited.

Dans ses motifs, le juge Arnup a répondu à l'argument en ces termes:

[TRADUCTION] L'appel se réduit à la question de savoir si la mise en vigueur du par. 85(5), en 1960, a changé le droit en abolissant la doctrine de la connaissance actuelle. Si telle a été l'intention du législateur, la modification a été placée dans un endroit très bizarre, eu égard au contexte des par. (1) à (4) de l'art. 85.

Avec égards, je suis complètement d'accord avec ce commentaire. Il est difficile de comprendre pourquoi la Législature, ayant devant elle une décision confirmée en Cour d'appel selon laquelle la connaissance actuelle avait encore pour effet, en Ontario, de grever la tenure d'un détenteur de titre enregistré, aurait cherché à éliminer une telle solution en adoptant un paragraphe dans un article portant sur des détails d'enregistrement, alors que cela pouvait se faire de façon appropriée en modifiant carrément l'art. 52 relatif au premier enregis-

priate. The form was available as it already appeared in many other provincial Land Titles Acts. Again, I agree with Arnup J.A. when he said that the law of real property should not be found to have been altered by the Legislature except where such alteration had been made by clear or appropriate words.

Arnup J.A. was of the view that s. 85(5) would have applied between registered instruments even if one were a transfer of the freehold and the other a lease, being of the opinion that the latter affected the former but found it unnecessary to so determine. In view of his opinion, with which, with respect, I agree, s. 85(5) did not affect the law as enunciated in *Re Jung and Montgomery*.

I am in accord with the reasons set out by Jessup J.A. and Arnup J.A. in the Court of Appeal to that effect and I, therefore, am not required to consider the issue of whether the circumstances which occurred in this appeal, and which I have outlined with some detail above, could result in a finding of fraud against the appellant.

In *Zbryski v. City of Calgary*¹⁶, Farthing J. considered circumstances which, although they do not resemble the present circumstances, had much the same tenor and found that such circumstances did constitute actual fraud as against the holder of the unregistered interest but he did so after a trial and after witnesses had given viva voce evidence and were cross-examined extensively.

The present appeal arose upon an application for relief against forfeiture and for an injunction. The application was considered upon the basis of affidavit evidence and documents with a limited amount of transcript of examination upon the affidavits. The application itself did not contain any allegation of fraud. In my view, the well-established principle that fraud must be strictly alleged and strictly proved would not justify a finding of fraud on this kind of a record and, therefore, I have not come to any conclusion as to whether the

¹⁶ (1965), 51 D.L.R. (2d) 54.

trement ou l'art. 91 relatif aux transferts subséquents. C'était la démarche à suivre, comme l'indiquent beaucoup d'autres *Land Titles Acts* provinciales. De nouveau, je suis d'accord avec le juge Arnup lorsqu'il dit qu'on ne doit conclure à une modification du droit des biens immobiliers par le législateur que lorsqu'une telle modification a été faite en termes clairs ou appropriés.

Le juge Arnup a estimé que le par. 85(5) s'appliquerait entre actes enregistrés même si l'un de ceux-ci consistait en un transfert de tenure libre et l'autre en un bail, son avis étant que celui-ci affectait celui-là, mais a jugé qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur ce point. Compte tenu de son point de vue qu'avec égards je partage, le par. 85(5) n'a pas modifié l'état du droit exprimé dans *Re Jung and Montgomery*.

Je suis d'accord avec les motifs exprimés en ce sens en Cour d'appel par les juges Jessup et Arnup et je n'ai donc pas à considérer la question de savoir si, dans les circonstances du présent pourvoi que j'ai relatées de façon assez détaillée plus haut, on pourrait conclure à une fraude de la part de l'appelante.

Dans l'affaire *Zbryski v. City of Calgary*¹⁶, le juge Farthing avait devant lui des circonstances qui, quoique non identiques aux présentes, avaient substantiellement la même teneur. Il a jugé qu'elles constituaient une fraude caractérisée à l'endroit du détenteur du droit non enregistré, mais il ne l'a fait qu'après un procès et après les dépositions orales des témoins et leurs longs contre-interrogatoires.

Le présent pourvoi a son origine dans une requête pour être relevé de déchéance et obtenir une injonction. La requête a été examinée en se fondant sur une preuve et des documents établis sous serment et les interrogatoires sur ceux-ci n'ont fait l'objet que d'une transcription limitée. La requête elle-même ne contenait aucune allégation de fraude. A mon avis, le principe bien établi selon lequel la fraude doit être expressément alléguée et strictement prouvée ne justifierait pas, avec un dossier de cette sorte, de conclure à la

¹⁶ (1965), 51 D.L.R. (2d) 54.

respondent Dominion Stores Limited could have established its case upon the basis of actual fraud.

For the reasons which I have given, I would dismiss the appeal with costs and affirm the judgment of the Court of Appeal for Ontario.

Appeal dismissed with costs, LASKIN C.J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Goodman & Goodman, Toronto.

Solicitors for the respondent: Fraser & Beatty, Toronto.

fraude et, en conséquence, je ne suis parvenu à aucune conclusion sur la question de savoir si Dominion Stores Limited aurait pu avoir gain de cause en se fondant sur la fraude réelle.

Pour les motifs que je viens d'exprimer, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef LASKIN dissident.

Procureurs de l'appelante: Goodman & Goodman, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Fraser & Beatty, Toronto.

Helga Petranik *Appellant*;

and

Alice Dale, Frederick W. Parker and Eugene F. Berwick *Respondents*.

1976: May 5; 1976: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Mortgages — Foreclosure — Power of sale in mortgage — Sale under power after judgment nisi in foreclosure — Right of redemption — Equity — Whether exercise of alternative remedy valid — Whether sale void — Rules of Practice, R.R.O. 1960, Reg. 396, Rule 465.

Appellant brought an action against D, P & B claiming that a mortgage purportedly executed by her in favour of D was null and void and that P and B who purchased the property from D under the power of sale held the property in trust for appellant. D as mortgagee had started foreclosure proceedings in 1961 and a specially endorsed writ was issued against appellant as mortgagor. Appellant failed to appear and a default judgment was taken in 1962. The judgment directed a reference and when originally drawn up in typed form contained a clause providing for a reconveyance to the appellant upon payment of the amount due to the mortgagee. This reconveyance clause was struck out and the deletion initialled by the Assistant Registrar. No explanation was given for the deletion. Appellant did not however proceed with the reference directed in the default judgment but instead purported to act under the power of sale contained in the mortgage. The trial judge founding himself on *Stevens v. Theatres, Ltd.*, [1903] 1 Ch. 857, found that the direction for a reference in the default judgment was enough to preclude exercise of the power of sale without leave of the Court. The Court of Appeal reversed.

Held (Judson and Ritchie JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Spence J.: The default judgment was a judgment *nisi* for foreclosure. The mortgagor would have been entitled to invoke the equitable jurisdiction of the Court to claim a right to redeem on payment of the amounts found owing on the reference and on such other terms as the Court might fix. The

Helga Petranik *Appelante*;

et

Alice Dale, Frederick W. Parker et Eugene F. Berwick *Intimés*.

1976: le 5 mai; 1976: le 5 octobre.

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

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

Hypothèques — Forclusion — Pouvoir de vente attaché à l'hypothèque — Vente en vertu du pouvoir après jugement conditionnel de forclusion — Droit de rachat — Equity — L'exercice d'un recours alternatif est-il valide? — La vente est-elle nulle? — Règles de pratique, R.R.O. 1960, Reg. 396, Règle 465.

L'appelante a intenté une action contre D, P & B, prétendant qu'une hypothèque qu'elle aurait consentie en faveur de D était nulle et non avenue et que P et B qui avaient acheté l'immeuble à D en vertu du pouvoir de vente le détenaient en fiducie pour le compte de l'appelante. D, en sa qualité de créancière hypothécaire, avait entamé des procédures de forclusion en 1961 et un bref spécialement endossé avait été délivré contre l'appelante, débitrice hypothécaire. L'appelante n'ayant pas comparu un jugement par défaut fut rendu en 1962. Le jugement ordonnait un renvoi et, dans sa rédaction originale sous forme dactylographiée, comportait une clause prévoyant une rétrocession en faveur de l'appelante contre paiement du montant dû à la créancière hypothécaire. Cette clause était biffée, la suppression portant les initiales du registraire adjoint. Aucune explication de cette suppression n'a été fournie. Toutefois, l'appelante ne fit pas procéder au renvoi ordonné par le jugement par défaut, mais se résolut plutôt à agir en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque. Le juge de première instance, s'appuyant sur l'affaire *Stevens v. Theatres, Ltd.*, [1903] 1 Ch. 857, a conclu que l'ordonnance de renvoi du jugement par défaut suffisait à empêcher l'exercice du pouvoir de vente sans permission de la Cour. La Cour d'appel a infirmé ce jugement.

Arrêt (les juges Judson et Ritchie étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Le juge en chef Laskin et le juge Spence: Le jugement par défaut était un jugement conditionnel de forclusion. La débitrice hypothécaire aurait eu le droit d'invoquer la compétence d'*equity* de la Cour pour se faire reconnaître le droit de racheter, sur paiement des sommes trouvées dues lors du renvoi et aux conditions que la

mortgagee was not entitled to improve her position by proceeding to a sale under the mortgage without leave when she had crystallised her remedies through a judgment *nisi* which called for a reference. Rule 460A (introduced in 1941 and now Rule 465, R.R.O. 1960, Reg. 396 of the Rules of Practice), which provides for filing of a notice of desire of opportunity to redeem if a mortgagor does not otherwise wish to defend the foreclosure action, must be read with Rule 467 [now Rule 472] which makes it clear that failure to appear or to file a D.O.R. notice enables the plaintiff to sign judgment for immediate foreclosure subject to a reference as to encumbrances. The Rule changes did not however deal with the matter on appeal.

Per Dickson J.: An equity of redemption is an interest in land, which the mortgagor can convey, devise, settle, lease or mortgage like any other interest in land. Equity has always jealously guarded the mortgagor's right to redeem. Having obtained a judgment of the type obtained by D, the mortgagee must carry out that judgment or obtain the leave of the Court to do otherwise. The failure of appellant to file a D.O.R. did not extinguish her equity of redemption.

Per Judson J., dissenting: Appellant was in default under the mortgages, and the property was completely pledged to or claimed by others. When the foreclosure proceedings were instituted she was not able to nor did she indicate a desire to redeem the property. The judgment *nisi* effectively foreclosed her equity of redemption and directed a reference. The mortgagee was entitled to pursue alternative remedies. The fact of obtaining such a judgment *nisi* did not preclude the mortgagee from exercising her power of sale under the mortgage since the sale did not prejudice any rights asserted by or accorded to appellant in the foreclosure proceeding.

Per Ritchie J., dissenting: For the reasons given by Arnup J.A. in the Court of Appeal the appeal should be dismissed.

[*Stevens v. Theatres, Ltd.*, [1903] 1 Ch. 857; *De Beck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.* (1907), 12 B.C.R. 409; *Marshall v. Miles*, [1970] 3 O.R. 394; *Casborne v. Scarfe* (1737), 1 Atk. 603, 26 E.R. 377; *Burgess v. Wheats* (1759), 1 Eden 177, 28 E.R. 652; *Heath v. Pugh* (1881), 6 Q.B.D. 345; *Tarn v. Turner* (1888), 39 Ch. D. 456; *Campbell v. Holyland* (1877), 7 Ch. D. 166 referred to.]

Cour pouvait déterminer. La créancière hypothécaire n'avait pas le droit d'améliorer sa position en procédant, sans permission, à une vente en vertu de l'hypothèque, alors qu'elle avait cristallisé ses recours dans un jugement conditionnel qui imposait un renvoi. La règle 460A (mise en vigueur le 31 mai 1941, maintenant règle 465, R.R.O. 1960, Reg. 396 des Règles de pratique), qui oblige le débiteur hypothécaire à déposer un avis exprimant son désir d'avoir l'occasion de racheter D.O.R. s'il n'entend pas présenter d'autres défenses à l'action en forclusion, doit être lue avec la règle 467 [présentement la règle 472] qui indique clairement que le défaut de comparaître ou de déposer un D.O.R. habilite un demandeur à obtenir jugement en forclusion immédiate, sauf si un renvoi est exigé quant aux créanciers. Toutefois, les modifications apportées aux règles n'ont pas touché au cas faisant l'objet du pourvoi.

Le juge Dickson: Un droit de rachat est un droit réel immobilier que le débiteur hypothécaire peut céder, léguer, attribuer, louer ou hypothéquer comme n'importe quel autre droit réel immobilier. L'*equity* a toujours jalousement protégé le droit de rachat du débiteur hypothécaire. Ayant obtenu un jugement de la nature de celui qu'a obtenu D, le créancier hypothécaire doit exécuter ce jugement ou obtenir de la cour la permission d'agir autrement. Le défaut par l'appelante de déposer un D.O.R. n'a pas éteint son droit de rachat.

Le juge Judson, dissident: L'appelante avait cessé ses paiements hypothécaires et l'immeuble était complètement obéré. Au moment où les procédures de forclusion ont été engagées, elle n'était pas à même de racheter la propriété et elle n'en a pas manifesté le désir. Le jugement conditionnel de forclusion a effectivement forclos son droit de rachat et ordonné un renvoi. La créancière hypothécaire avait plusieurs moyens à sa disposition. Le fait qu'elle ait obtenu un jugement conditionnel de forclusion ne l'empêchait pas d'exercer son pouvoir de vente résultant de l'hypothèque, puisque la vente ne portait atteinte à aucun droit reconnu ou conféré à l'appelante lors des procédures de forclusion.

Le juge Ritchie, dissident: Pour les motifs du jugement rendus par le juge Arnup au nom de la Cour d'appel, le pourvoi doit être rejeté.

[Arrêts mentionnés: *Stevens v. Theatres, Ltd.*, [1903] 1 Ch. 857; *De Beck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.* (1907), 12 B.C.R. 409; *Marshall v. Miles*, [1970] 3 O.R. 394; *Casborne v. Scarfe* (1737), 1 Atk. 603, 26 E.R. 377; *Burgess v. Wheats* (1759), 1 Eden 177, 28 E.R. 652; *Heath v. Pugh* (1881), 6 Q.B.D. 345; *Tarn v. Turner* (1888), 39 Ch. D. 456; *Campbell v. Holyland* (1877), 7 Ch. D. 166.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, allowing an appeal from a judgment of Moorhouse J., declaring null and void a conveyance made in exercise of a power of sale under a mortgage. Appeal allowed, Judson and Ritchie JJ. dissenting.

Nelles Starr, Q.C., and *Walter S. Gonet, Q.C.*, for the appellant.

George T. Walsh, Q.C., and *Tom Pratt*, for the respondents.

The judgment of Laskin C.J. and Spence JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal arises out of an action brought by the appellant on April 28, 1969 claiming a declaration that (1) a mortgage on certain property allegedly given by her to one Alice Dale on July 12, 1958, registered on January 8, 1959 and subsequently recorded in full on June 15, 1962, was void because the signature thereon was not hers, and (2) a conveyance of the property by Alice Dale to the respondents Parker and Berwick on June 1, 1962 under the power of sale contained in the mortgage was void and that the respondents held the property in trust for the appellant.

Neither the trial judge nor the Ontario Court of Appeal found in the appellant's favour on her contention that the mortgage was not executed by her, and this question was not pressed in this Court. What is evident from the record is that the mortgage transaction between the appellant and Alice Dale (who was not represented in this Court nor in the Court of Appeal), and other transactions in which the appellant and her husband were involved were carried out by a solicitor whose irresponsibility, incompetence and negligence are made plain in reasons of the trial judge given in a companion case which, as to the evidence and findings, was by consent of counsel, made applicable to the present case. The solicitor in question arranged the mortgage on which no more than \$4,000 was advanced although it is stated to be for

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ accueillant un appel d'un jugement du juge Moorhouse qui a déclaré nul et non avenu un transfert fait en vertu d'un pouvoir de vente attaché à une hypothèque. Pourvoi accueilli, les juges Judson et Ritchie étant dissidents.

Nelles Starr, c.r., et *Walter S. Gonet, c.r.*, pour l'appelante.

George T. Walsh, c.r., et *Tom Pratt*, pour les intimés.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi a son origine dans une action intentée par l'appelante le 28 avril 1969 par laquelle elle demandait qu'il soit déclaré (1) qu'une hypothèque sur un certain immeuble prétendument consentie par elle à une nommée Alice Dale le 12 juillet 1958, enregistrée sommairement le 8 janvier 1959 et pleinement enregistrée le 15 juin 1962, est nulle parce que la signature figurant à l'acte n'est pas la sienne et (2) qu'un transfert de l'immeuble par Alice Dale aux intimés Parker et Berwick, le 1^{er} juin 1962, en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque est nul et que les intimés détiennent l'immeuble en fiducie pour le compte de l'appelante.

Ni le juge de première instance ni la Cour d'appel de l'Ontario n'ont fait droit à la prétention selon laquelle l'hypothèque n'avait pas été signée par l'appelante et on n'a pas insisté sur ce point devant notre Cour. Ce que le dossier montre à l'évidence, c'est que l'opération hypothécaire entre l'appelante et Alice Dale (qui n'était pas représentée devant cette Cour, ni en Cour d'appel) ainsi que d'autres opérations auxquelles étaient parties l'appelante et son mari ont été menées par un avocat dont l'irresponsabilité, l'incompétence et la négligence ressortent des motifs exposés par le juge de première instance dans une affaire connexe dont la preuve et les conclusions ont été, sur consentement des procureurs, admises dans la présente affaire. L'avocat en question a préparé une hypothèque sur laquelle il n'a pas été avancé plus

¹ [1973] 2 O.R. 217.

¹ [1973] 2 O.R. 217.

\$5,000. He acted for both parties to the mortgage, and then took foreclosure proceedings on behalf of the mortgagee, Alice Dale. She was an elderly woman and, as found by the trial judge, relied on her daughter, who was the solicitor's secretary, and upon the solicitor, in respect of the transaction in this case. The daughter herself was involved in a mortgage transaction affecting the very property which is the subject of these proceedings.

A question arose in these proceedings whether the appellant had ever been served with the writ in the foreclosure action and, although it was left open by the trial judge who found on other grounds in the appellant's favour, I agree with the Court of Appeal that the issues in this case must be considered on the footing that there was proper service, as indeed is shown by a sheriff's officer's certificate.

Arising out of the foregoing is another matter that should be laid to rest, one which the trial judge considered favourably to the appellant and on which the Court of Appeal did not pronounce because, as it noted, no argument was addressed to that Court on it. I refer to the matter of the delay *ex facie* involved in the prosecution by the appellant of her claim herein. The proceedings out of which this appeal arises were commenced on April 28, 1969. Since they relate to the foreclosure action, which was begun on July 17, 1961, and to the exercise of a power of sale on June 1, 1962, an explanation of the delay was obviously required.

Default judgment in the foreclosure action was signed against the appellant on March 23, 1962 and a writ of possession was issued on April 17, 1962 and executed at the solicitor's behest. If the appellant did not know of the default judgment (and it appears that she did not), she certainly knew of the writ of possession; the evidence makes this clear. On learning of the sale to Parker and Berwick on June 1, 1962 pursuant to an accepted offer of May 17, 1962, the appellant took certain proceedings which proved abortive. It is enough to say that by an order of the Ontario Court of

de \$4,000, bien qu'il soit déclaré qu'elle est de \$5,000. Il a représenté les deux parties à l'hypothèque, puis il a intenté des procédures de forclusion au nom de la créancière hypothécaire, Alice Dale. Celle-ci était une femme âgée et, selon les conclusions du juge de première instance, elle s'en remettait à sa fille, qui était la secrétaire de l'avocat, et à celui-ci, en ce qui concerne l'opération en litige. La fille elle-même était mêlée à une opération hypothécaire portant sur l'immeuble même qui fait l'objet du présent procès.

Dans le présent procès, s'est soulevée la question de savoir si le bref d'action en forclusion avait jamais été signifié à l'appelante et, quoique cette question ait été laissée ouverte par le juge de première instance qui s'est prononcé pour d'autres motifs en faveur de l'appelante, je suis d'accord avec la Cour d'appel que les points en litige doivent être étudiés en prenant pour acquis qu'il y a eu signification régulière, comme le montre d'ailleurs le procès-verbal du fonctionnaire des services du shérif.

Ce qui précède soulève également une question qui doit être mise de côté; le juge de première instance l'a tranchée en faveur de l'appelante et sur laquelle la Cour d'appel ne s'est pas prononcée parce que, comme elle l'a noté, elle n'a pas été plaidée devant elle. Je veux parler du retard apparent avec lequel l'appelante a intenté les poursuites. Les procédures qui sont à l'origine du présent pourvoi ont été entamées le 28 avril 1969. Puisqu'elles sont relatives à une action en forclusion commencée le 17 juillet 1961 et à un pouvoir de vente exercé le 1^{er} juin 1962, une explication de ce retard s'imposait.

Jugement par défaut dans l'action en forclusion a été rendu contre l'appelante le 23 mars 1962 et un bref de possession a été délivré le 17 avril 1962 et exécuté à la requête de l'avocat. Si l'appelante n'a pas eu connaissance du jugement par défaut (et il semble qu'elle ne l'ait pas eue), elle a certainement eu connaissance du bref de possession; la preuve le démontre. Ayant appris la vente à Parker et Berwick le 1^{er} juin 1962 à la suite d'une offre acceptée le 17 mai 1962, elle intenta certaines procédures qui échouèrent. Il suffit de dire que par ordonnance du 10 décembre 1968, la Cour d'appel

Appeal of December 10, 1968, that Court gave leave to the appellant to re-open an action instituted by her in 1964 against Alice Dale, Parker and Berwick, or to institute such other proceedings as she might be advised, under a limiting date in either case of February 3, 1969. A motion by the appellant to re-open the former action was dismissed on April 9, 1969 and the proceedings now in appeal were begun, as already stated, on April 28, 1969. The trial judge indicated that there was no evidence to show that the motion to re-open was not commenced before February 3, 1969. Hence, he proceeded to deal with the case before him on the merits. I think, in view of all the circumstances, that was the proper course. It was the one that the Court of Appeal took, and it was on the merits that the argument proceeded in this Court.

The default judgment in the foreclosure action, which as already noted, was signed on March 23, 1962, was in the following terms:

UPON reading the Writ of Summons issued in this action, and affidavit of service of the said writ and no appearance having been entered and no notice that the defendant desires an opportunity to redeem the mortgaged premises having been filed;

I. IT IS ORDERED AND ADJUDGED that all necessary enquiries be made, accounts taken, costs taxed and proceedings had for redemption or foreclosure and that for these purposes this cause be referred to the Master at the City of Toronto.

II. AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith deliver to the plaintiff, or to whom she may appoint, possession of the lands and premises in question in this cause, or of such part thereof as may be in the possession of the said defendant.

When originally drawn up in typed form, the proposed default judgment consisted of three clauses, the first and third clauses being those set out above and a second clause which was as follows:

2. AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith after making of the Master's report pay to the plaintiff what shall be found due her for principal money, interest and costs at the date of the said report and upon payment of the amount due to her that (subject to the provision of

de l'Ontario donna à l'appelante la permission de rouvrir une action qu'elle avait intentée contre Alice Dale, Parker et Berwick en 1964 ou d'intenter toute autre procédure qu'elle jugerait opportune, avant une date limite fixée dans les deux cas au 3 février 1969. Une requête en réouverture de l'ancienne action présentée par l'appelante fut rejetée le 9 avril 1969 et les procédures maintenant devant nous furent entamées, comme je l'ai déjà dit, le 28 avril 1969. Le juge de première instance indiqua qu'il n'y avait aucune preuve que la requête en réouverture n'avait pas été présentée avant le 3 février 1969. En conséquence, il procéda à l'audition au fond de l'affaire qui était devant lui. Je pense que c'était, eu égard à toutes les circonstances, la conduite à suivre. C'est celle qu'a suivie la Cour d'appel et c'est donc sur le fond que l'on a plaidé devant notre Cour.

Le jugement par défaut dans l'action en forclusion, rendu, comme je l'ai déjà dit, le 23 mars 1962, était rédigé en ces termes:

[TRADUCTION] VU le bref d'assignation délivré dans la présente action et l'attestation sous serment de la signification dudit bref, en l'absence de comparution et aucun avis n'ayant été déposé exprimant le désir de la défenderesse d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués;

I. IL EST ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que toutes les recherches nécessaires soient faites, les comptes dressés, les frais taxés et les mesures prises en vue de rachat ou de forclusion et qu'à ces fins la présente cause soit renvoyée au *Master* en la ville de Toronto.

II. ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que la défenderesse mette immédiatement la demanderesse ou la personne qu'elle peut désigner, en possession des biens-fonds et lieux en question dans la présente cause ou de toute partie de ceux-ci qui peuvent être en la possession de ladite défenderesse.

Lors de sa rédaction originale sous forme dactylographiée, le jugement par défaut proposé comportait trois clauses, la première et la troisième étant celles qui sont reproduites ci-dessus et une deuxième ainsi libellée:

[TRADUCTION] 2. ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que, après dépôt du rapport du *Master*, la défenderesse paye immédiatement à la demanderesse ce qui lui sera trouvé dû en capital, intérêts et frais à la date dudit rapport et, sur paiement du montant qui lui est dû, que (sous réserve des disposi-

section 2 of *The Mortgages Act*) the plaintiff do assign and convey the mortgaged premises, and deliver up all documents relating thereto.

This clause was struck out, the deletion being initialled by the Assistant Registrar. No explanation was given for the deletion. It is common ground that had this stricken clause remained in the default judgment the appellant would have been entitled to succeed and to have a proper reference at which the accounts would be taken and the amount properly owing on the mortgage ascertained. There was a contention by the respondents that their position was better than that of Alice Dale in that they were purchasers for value, but it is quite clear that they were aware of the foreclosure proceedings and of the default judgment. Since they took with notice thereof, their title would be vulnerable if the mortgagee was disentitled to act when she did under the power of sale in the mortgage.

I note also that Alice Dale swore an affidavit on May 31, 1962 in respect of the sale to the respondents in which she alleged a continuing default of interest under the mortgage to the date of the sale, which she said was May 29, 1962. The deed of June 1, 1962 also recited that there was default in interest for more than two months (this being a proviso in the mortgage permitting sale) and that it had continued to date. The record shows that the solicitor who was behind all the transactions involving the appellant's mortgaged property had in fact paid up the interest to the end of April, 1962, which was for a period beyond the date on which default judgment was signed and beyond the date of the writ of possession.

The default judgment was a judgment *nisi* for foreclosure, and para. 1 thereof directed a reference to the Master for the usual enquiries with respect to the accounts and as to redemption or foreclosure. Alice Dale did not proceed with the reference which was directed by para. 1 of the default judgment but, instead purported to act under the power of sale contained in the mortgage, and this is what raises the central issue in the present case. In short, was she entitled to exercise

tions de l'article 2 de *The Mortgages Act*) la demanderesse rétrocède les lieux hypothéqués et rend tous documents les concernant.

Cette clause a été biffée, suppression parafée par le registraire adjoint. Aucune explication de cette suppression n'a été fournie. Il n'est pas contesté que, si la clause biffée était demeurée dans le jugement par défaut, l'appelante aurait pu prétendre, avec succès, à un renvoi approprié au cours duquel les comptes auraient été dressés et le montant exact de la dette hypothécaire déterminé. Les intimés ont prétendu qu'ils étaient en meilleure position qu'Alice Dale parce qu'ils étaient des acquéreurs à titre onéreux, mais il est parfaitement clair qu'ils étaient au courant des procédures de forclusion et du jugement par défaut. L'ayant acquis en connaissance de cause, leur titre serait vulnérable, si la créancière hypothécaire n'avait pas le droit d'agir comme elle l'a fait en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque.

Je note également qu'Alice Dale a fait, le 31 mai 1962, une déclaration sous serment lors de la vente aux intimés dans laquelle elle alléguait défaut continu de paiement des intérêts sur l'hypothèque jusqu'à la date de la vente, qu'elle disait être le 29 mai 1962. L'acte du 1^{er} juin 1962 indique également qu'il y avait défaut de paiement des intérêts depuis plus de deux mois (il s'agit là d'une clause de l'hypothèque permettant la vente) et qu'il avait continué jusqu'à cette date. Le dossier révèle que l'avocat qui était derrière toutes les opérations relatives à l'immeuble hypothéqué de l'appelante avait, en fait, payé les intérêts jusqu'à la fin d'avril 1962, c'est-à-dire sur une période allant au-delà de la date à laquelle le jugement par défaut a été rendu et au-delà de celle du bref de possession.

Le jugement par défaut était un jugement conditionnel de forclusion et son 1^{er} paragraphe ordonnait un renvoi au *Master*, pour les recherches habituelles relatives aux comptes et au rachat ou à la forclusion. Alice Dale ne fit pas procéder au renvoi ordonné par le 1^{er} paragraphe du jugement par défaut mais prétendit plutôt agir en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque, et c'est ce qui soulève la question au cœur du présent litige. En bref, avait-elle le droit d'exercer le pouvoir de

the power of sale against the appellant who had not entered an appearance, had not filed a defence and had not filed a notice of her desire of an opportunity to redeem, and to do so after the judgment *nisi* for foreclosure and without the leave of the Court?

The trial judge founded himself on the principle expressed in *Stevens v. Theatres, Ltd.*², a case which was followed by the British Columbia Court of Appeal in *De Beck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.*³ and approvingly referred to by Stewart J. in *Marshall v. Miles*⁴, at p. 397. Although there is language in the reasons of Farwell J. in the *Stevens* case that indicates that it was because the decree *nisi* of foreclosure directed a reference and also a reconveyance (as under the paragraph deleted from the default judgment herein) that the power of sale was suspended and could not be exercised without leave of the Court, the trial judge viewed the case in wider compass. For him, the direction in para. 1 of the default judgment for a reference was enough to preclude exercise of the power of sale without leave of the Court.

In the Court of Appeal, Arnup J.A. speaking for the Court, was of opinion that the *Stevens* case was inapplicable by reason of the omission of the deleted paragraph from the default judgment and, moreover, that his result was compelled by the change in mortgage practice that occurred in Ontario after 1941. His reasons contain the following:

In my opinion, the *Stevens* rule did not apply in Ontario after 1941 in a situation where a defendant by writ (as mortgagor) did not enter an appearance nor file a D.O.R., even if there were encumbrancers, thus requiring a reference. There would be in such a case no judgment under which the mortgagor acquired rights that would be taken away by the mortgagee's exercising his power of sale. This conclusion is further justified by the facts of this case, namely, that the actual judgment issued is completely silent as to any right of redemption, or direction to the mortgagee to reconvey on payment. The exercise of the power of sale by the mortgagee was

vente à l'encontre de l'appelante qui n'avait pas comparu, n'avait pas produit de défense et n'avait pas déposé d'avis exprimant son désir d'avoir l'occasion de racheter? Avait-elle le droit de l'exercer après le jugement conditionnel de forclusion et sans la permission de la Cour?

Le juge de première instance s'est appuyé sur le principe exprimé dans *Stevens v. Theatres, Ltd.*², arrêt suivi par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *DeBeck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.*³ et cité avec approbation par le juge Stewart dans *Marshall v. Miles*⁴, à la p. 397. Bien que le libellé des motifs du juge Farwell dans *Stevens* indique que c'est parce que le jugement conditionnel de forclusion ordonnait un renvoi et également une rétrocession (comme dans le paragraphe supprimé dans le jugement par défaut, dans l'espèce présente) que le pouvoir de vente était suspendu et ne pouvait être exercé sans permission de la Cour, le juge de première instance a vu l'affaire sous un angle plus large. Pour lui, l'ordonnance de renvoi au 1^{er} paragraphe du jugement par défaut suffisait à empêcher l'exercice du pouvoir de vente sans permission de la Cour.

Parlant au nom de la Cour d'appel, le juge Arnup a été d'avis que *Stevens* était inapplicable en raison de l'omission du paragraphe supprimé dans le jugement par défaut et qu'au surplus ce résultat était imposé par les changements intervenus dans la procédure hypothécaire en Ontario depuis 1941. Ses motifs contiennent le passage suivant:

[TRADUCTION] A mon avis, la règle *Stevens* ne s'applique plus en Ontario depuis 1941 dans la situation où un défendeur actionné en tant que débiteur hypothécaire ne fait pas acte de comparution ni ne dépose un D.O.R., même s'il y a des créanciers subséquents, obligeant ainsi à un renvoi. Il n'y a dans ce cas aucun jugement en vertu duquel le débiteur hypothécaire a acquis des droits qui lui seraient ôtés par l'exercice, par le créancier hypothécaire, de son pouvoir de vente. Cette conclusion est encore plus justifiée en l'espèce puisque le jugement effectivement rendu est complètement silencieux sur une quelconque faculté de rachat ou obligation du créancier

² [1903] 1 Ch. 857.

³ (1907), 12 B.C.R. 409.

⁴ [1970] 3 O.R. 394.

² [1903] 1 Ch. 857.

³ (1907), 12 B.C.R. 409.

⁴ [1970] 3 O.R. 394.

not in any way contrary to the order of the Court which had been issued at the behest of the mortgagee.

I would observe that the learned judge's statement in the above-quoted passage that there was no right of redemption given in the default judgment herein is not correct, unless it be taken as a specific reference to the mortgagors right of redemption as depending only on whether there was a direction to reconvey, pursuant to the deleted paragraph. In the absence of this paragraph, it was the learned judge's opinion, fortified by the change in Ontario mortgage practice, that para. 1 of the default judgment referred only to redemption by subsequent encumbrancers and, even if there were such encumbrancers, the failure to proceed to a reference was not a matter of which the mortgagor could complain.

Arnup J.A. conceded that his conclusion "may seem to be a highly technical position to reach but the *Stevens* rule itself is a technical one . . .". I do not think so in the light of the regard which equity has always had for the position of a mortgagor. "Once a mortgage, always a mortgage" is not an idle maxim when even a final order of foreclosure may, in some circumstances, be set aside. Under the original draft of the default judgment containing the paragraph subsequently deleted, the only provision for redemption is in para. 1; the deleted paragraph builds upon para. 1 by referring back to it, and is based upon the assumption that a reference before the Master will take place.

Counsel for the respondent in this Court viewed the deleted paragraph as relating to judgment on the covenant for payment of the mortgage debt, but I do not think that this meets the issue here. The question in this case is whether the excision of the draft para. 2 *ipso facto* relieves the mortgagee in equity from holding the property to answer the exercise by the mortgagor of the equitable right to redeem when the legal right has been lost by a default in payment at the time prescribed in the

hypothécaire de rétrocéder après paiement. L'exercice, par le créancier hypothécaire, de son pouvoir de vente, n'était aucunement contraire à l'ordonnance que la cour avait rendue à sa requête.

Je ferais observer que l'affirmation du savant juge, dans le passage précité, selon laquelle le jugement par défaut n'accordait en l'espèce aucune faculté de rachat, n'est pas exacte, à moins de la considérer comme voulant faire dépendre uniquement la faculté de rachat du débiteur hypothécaire de l'existence d'un ordre de rétrocession, comme dans le paragraphe supprimé. En l'absence de ce paragraphe, et fortifié par les changements intervenus dans la procédure hypothécaire en Ontario, le savant juge était d'avis que le 1^{er} paragraphe du jugement par défaut visait seulement le rachat par des créanciers subséquents et que, même s'il y avait de tels créanciers, le débiteur hypothécaire n'avait pas lieu de se plaindre du défaut de faire procéder au renvoi.

Le juge Arnup a reconnu que sa conclusion [TRADUCTION] «peut sembler une prise de position extrêmement procédurale mais la règle *Stevens* elle-même est une règle de procédure . . .». Je ne pense pas qu'il en soit ainsi, si l'on considère la façon dont l'*equity* a toujours considéré la position du débiteur hypothécaire. [TRADUCTION] «Une hypothèque est toujours une hypothèque» n'est pas une maxime vaine lorsque même une ordonnance définitive de forclusion peut, dans certaines circonstances, être révoquée. Selon la rédaction originale du jugement par défaut contenant le paragraphe supprimé par la suite, la seule disposition envisageant le rachat se trouve au 1^{er} paragraphe; le paragraphe supprimé se fonde sur le par. 1 en s'y référant et repose sur la présomption qu'un renvoi devant le *Master* aura lieu.

Le procureur de l'intimée devant cette Cour voyait le paragraphe supprimé comme se rapportant au jugement sur l'engagement de paiement de la dette hypothécaire, mais je ne pense pas que cela réponde à la question dont il s'agit ici. La question en l'espèce est de savoir si la suppression du par. 2 du projet de jugement dispense *ipso facto* le créancier hypothécaire en *equity* de conserver l'immeuble pour faire face à l'exercice, par le débiteur hypothécaire, du droit que lui confère

mortgage. The contention of the respondent, which was upheld by the Ontario Court of Appeal, is that para. 1 of the default judgment did not preserve any right of redemption by the mortgagor.

In the *Stevens* case, it does not appear that the judgment *nisi* for foreclosure was a default judgment. The recital of facts includes the statement that the order *nisi* for foreclosure was in the common form, directing accounts and directing the plaintiff to reconvey the property on payment of what should be found due. Instead of proceeding to a reference the mortgagee gave notice to the mortgagor of intention to sell, and two weeks later entered into a contract of sale which was later followed by a conveyance to the purchaser. The holding of Farwell J. that the power of sale in the mortgage was suspended in view of the judgment *nisi* for foreclosure and could not be exercised without leave of the Court "because it prejudices the rights given to the mortgagor under the direction to reconvey" relates, of course, to the actual terms of the judgment *nisi* in that case.

The question that arises is whether the *Stevens* case expresses a principle which is equally applicable where there is a provision, as here, for a reference and for redemption or foreclosure under a default judgment *nisi* which, as approved by the Registrar (or Assistant Registrar) omits the follow-up clause containing the direction to reconvey upon payment of the amounts found due on the reference. In the course of his reasons, Farwell J. made some general observations as to the relations of mortgagor and mortgagee which, I think, are relevant here. He said this (at p. 860):

Now this question—whether a decree for foreclosure directing accounts and reconveyance, or, by parity of reasoning, a decree for redemption directing accounts and reconveyance, on payment, operates to prevent the exercise of the power of sale in the mortgage, or that given by the statute—has to be decided on principle in the absence of authority. The first proposition, which I think is plain, is this—neither the mortgagee nor the mortgagor is entitled to dismiss his action, or to discon-

l'equity de le racheter lorsque, faute de payer à l'échéance prescrite par l'hypothèque, il en a perdu la faculté en droit strict. La prétention de l'intimée, accueillie par la Cour d'appel de l'Ontario, est que le par. 1 du jugement par défaut ne préservait aucun droit de rachat par la débitrice hypothécaire.

Dans *Stevens*, il ne semble pas que le jugement conditionnel de forclusion était un jugement par défaut. L'exposé des faits contient l'affirmation que l'ordonnance conditionnelle était en la forme usuelle, ordonnant que les comptes soient dressés et que le demandeur rétrocède l'immeuble après paiement de ce qui lui était dû. Au lieu de faire procéder à un renvoi, le créancier hypothécaire avisa le débiteur de son intention de vendre et, deux semaines après, passa un contrat de vente suivi plus tard d'un transfert à l'acheteur. La décision du juge Farwell, selon laquelle le pouvoir de vente attaché à l'hypothèque était suspendu en raison du jugement conditionnel de forclusion et ne pouvait être exercé sans permission de la Cour [TRADUCTION] «parce qu'il porte atteinte aux droits donnés au débiteur hypothécaire en vertu de l'ordre de rétrocession», est évidemment reliée au libellé même du jugement conditionnel dans cette affaire.

La question qui se pose est de savoir si *Stevens* exprime un principe qui est également applicable lorsque renvoi et rachat ou forclusion sont prévus, comme ici, dans un jugement conditionnel par défaut qui, avec l'approbation du registraire (ou du registraire adjoint), omet la clause complémentaire contenant l'ordre de rétrocéder sur paiement des montants trouvés dus lors du renvoi. Le juge Farwell a, dans ses motifs, fait quelques observations générales sur les relations du débiteur et du créancier hypothécaires qui sont, je crois, pertinentes en l'espèce. Il dit ceci (p. 860):

[TRADUCTION] Ceci dit, la question de savoir si un décret de forclusion ordonnant des comptes et la rétrocession ou, par analogie, un décret de rachat ordonnant des comptes et la rétrocession sur paiement a pour effet d'empêcher l'exercice du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque ou de celui prévu par la loi, doit, à défaut de jurisprudence, être résolue compte tenu des principes. La première proposition, qui me paraît évidente, est celle-ci: ni le débiteur hypothécaire ni le créancier hypo-

tinue after judgment. The general principle on which the Court acts with regard to actions of this sort is to regard the plaintiff as dominus litis until judgment; but if, and so far as the judgment operates for the benefit, nor merely of himself but for some one else, he cannot get rid of his action *mero motu* after judgment. . . .

Now, if the plaintiff cannot get rid of his action after judgment because the judgment is for the benefit also of the defendants, it must follow that he cannot in any way vary the form of that judgment by doing an act which would put it out of his power to perform that which the Court has directed him to do as the condition of getting the judgment.

It is also useful to consider the British Columbia case of *DeBeck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.*, *supra*. There, a mortgagee obtained a judgment *nisi* for foreclosure against the mortgagor who had appeared in the action and filed a defence, and also a judgment *nisi* for foreclosure against a second mortgagee who did not (apparently) appear and did not file a defence. A reference was had, and neither the mortgagor nor the second mortgagee attempted to redeem within the six month period fixed on the reference. The foreclosing mortgagee then purported to sell the property, having given notice to the mortgagor but not to the second mortgagee, but without having obtained an order absolute for foreclosure and without having the leave of the Court. The purchaser knew of the foreclosure proceedings. Three years later the mortgagor and the second mortgagee made a tender seeking redemption, and when it was denied they sued the foreclosing mortgagee and the purchaser claiming that they were entitled to redeem.

Their claim was upheld by Hunter C.J. whose judgment, relying on the *Stevens* case, was sustained on appeal. The trial judge noted that the sale agreement was made before the expiry of the time fixed for redemption, and the foreclosing mortgagee was therefore disentitled to sell without leave of the Court. This is entirely consistent with the principle of the *Stevens* case. If a private sale is prohibited without leave of the Court where a

thécaire n'a le droit de se désister de son action ou de renoncer après jugement. Le principe général qu'appliquent les tribunaux dans des actions de cette sorte est que le demandeur doit être considéré comme le *dominus litis* jusqu'au jugement; mais dès lors que le jugement, et dans la mesure où il le fait, produit des effets en faveur non seulement du demandeur mais aussi de quelqu'un d'autre, il ne peut se défaire de son action *mero motu* après jugement. . . .

Ceci dit, si le demandeur ne peut se défaire de son action après jugement parce que le jugement profite aussi aux défendeurs, il doit s'ensuire qu'il ne peut en aucune façon modifier la forme de ce jugement en accomplissant un acte qui se situerait en dehors de son pouvoir d'exécuter ce que la cour lui a ordonné de faire comme condition d'obtention du jugement.

Il est également utile d'examiner l'affaire de Colombie-Britannique, *DeBeck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.*, précitée. Il s'agissait d'un créancier hypothécaire qui avait obtenu un jugement conditionnel de forclusion contre le débiteur hypothécaire qui avait comparu à l'action et produit une défense, ainsi qu'un jugement conditionnel de forclusion contre un second créancier hypothécaire qui (apparemment) n'avait pas comparu ni produit de défense. Un renvoi eut lieu et ni le débiteur ni le second créancier hypothécaire ne tentèrent de racheter durant la période de six mois fixée en renvoi. Le créancier hypothécaire saisissant entendit alors vendre l'immeuble, après en avoir avisé le débiteur, mais sans en aviser le second créancier hypothécaire et sans avoir obtenu de jugement définitif de forclusion ni la permission de la Cour. L'acheteur était au courant des procédures de forclusion. Trois ans plus tard, le débiteur et le second créancier hypothécaire firent une offre de rachat et, celle-ci ayant été refusée, ils poursuivirent le créancier hypothécaire saisissant et l'acheteur, prétendant avoir le droit de racheter.

Leur demande fut accueillie par le juge en chef Hunter dont le jugement, qui s'appuyait sur *Stevens*, fut confirmé en appel. Le juge de première instance releva que le contrat de vente avait été passé avant l'expiration du délai fixé pour le rachat et que le créancier hypothécaire saisissant n'avait donc pas le droit de vendre sans la permission de la Cour. Cela est parfaitement compatible avec le principe posé par *Stevens*. Si une vente

reference is directed but has not been held, it must equally be prohibited where it is held but the period fixed thereunder for redemption has not expired.

What emerges from the *DeBeck* case is a reassertion of the well-established proposition that the equitable right to redeem is more than a mere equity but is, indeed, an interest in the mortgaged land which is not lightly to be put aside and which is enforceable by courts of equity: see *Falconbridge, Law of Mortgages* (3rd. ed. 1942), pp. 50-53. I question, therefore, whether it can be put aside by a rule of practice that would preclude a Court from considering all the circumstances that may support a discretion to allow redemption, albeit on terms.

In his reasons in the Court of Appeal, Arnup J.A. emphasized the view that the reason for the suspension of the power of sale under a judgment *nisi* for foreclosure, unless leave of the Court is obtained, is that the mortgagor is given certain rights under the foreclosure judgment (for example, the right to a reconveyance on paying what is owing, as ascertained on a reference), and a sale without leave would deprive him of those rights. I think that this overlooks the fact that a mortgagor under a judgment *nisi* for foreclosure has not yet been deprived of his pre-existing equitable right to redeem; the judgment *nisi* cannot be said to have conferred new rights but rather to have prescribed a procedure by which the existing right could be pursued and the property reclaimed, so long as the foreclosure did not become absolute.

There were in the present case, subsequent encumbrancers, namely, another mortgagee and two execution creditors, and if the mortgagee had on that account proceeded to a reference instead of purporting to exercise a power of sale without leave, I am of the opinion that the mortgagor, although not entitled to notice of the reference by reason of her non-appearance, would have been entitled to invoke the equitable jurisdiction of the Court to claim a right to redeem on payment of the amounts found owing on the reference and on

privée est interdite sans la permission de la Cour quand un renvoi a été ordonné mais n'a pas eu lieu, elle doit l'être également lorsque le renvoi a lieu mais que le délai de rachat qui y est fixé n'est pas expiré.

Ce qui ressort de *DeBeck*, c'est la réaffirmation d'une théorie bien établie selon laquelle le droit de racheter en *equity* est plus qu'une simple faculté mais est, en réalité, un droit réel sur le bien-fonds hypothéqué qui ne saurait être écarté à la légère et que les cours d'*equity* pourront faire respecter: voir *Falconbridge, Law of Mortgages* (3^e éd. 1942), pp. 50 à 53. Je me demande, en conséquence, si un tel droit peut être écarté par une règle de procédure qui empêcherait un tribunal de prendre en considération toutes les circonstances de nature à le justifier d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'autoriser le rachat, sous certaines conditions.

Dans ses motifs en Cour d'appel, le juge Arnup a souligné que la raison pour laquelle le pouvoir de vente est, sauf autorisation judiciaire, suspendu aux termes d'un jugement conditionnel de forclusion, est que le débiteur hypothécaire se voit conférer certains droits par le jugement de forclusion (par exemple, le droit à une rétrocession sur paiement de la dette fixée en renvoi) et qu'une vente sans autorisation le priverait de ces droits. Je pense que c'est oublier que le débiteur hypothécaire qui est sous le coup d'un jugement conditionnel de forclusion, n'est pas encore privé de son droit de rachat préexistant en *equity*. On ne peut dire que le jugement conditionnel confère de nouveaux droits mais plutôt qu'il détermine la procédure selon laquelle le droit existant peut être exercé et l'immeuble réclamé, tant que la forclusion n'est pas devenue définitive.

Dans la présente espèce, il y avait des créanciers subséquents, à savoir un autre créancier hypothécaire et deux créanciers saisissants en vertu d'un jugement. Si le créancier hypothécaire avait en conséquence procédé à un renvoi au lieu de prétendre exercer un pouvoir de vente sans permission, je suis d'avis que la débitrice hypothécaire, quoique n'ayant pas le droit d'être avisée du renvoi puisqu'elle n'avait pas comparu, aurait eu le droit d'invoquer la compétence d'*equity* de la Cour pour se faire reconnaître le droit de racheter sur paie-

such other terms as the Court might fix in view of the default of appearance. If this be so, I do not see how the mortgagee could improve her position by proceeding to a sale under the mortgage without leave when she had crystallized her remedies through a judgment *nisi* which called for a reference. To sell in such circumstances, not by order of the Court nor by its leave, is to defeat what the Court has formally directed.

The Court of Appeal would have it that Ontario Rule 460A, introduced as of May 31, 1941 and companion changes in the Rules, have altered the position of a mortgagor by obliging him to file a notice of desire of opportunity to redeem (known as a D.O.R.) if he does not otherwise wish to defend the foreclosure action; failing this (and failing defence), his previous automatic right to redemption is said to be lost. Rule 460A, which became Rule 465 in the 1960 consolidation of the Ontario Rules and which was in force at the material times herein, is as follows:

Where a defendant by writ in an action for foreclosure or sale desires an opportunity to redeem the mortgaged premises but does not otherwise desire to defend the action, he shall within the time allowed for appearance file and serve a memorandum entitled in the action to the following effect: 'I desire an opportunity to redeem the mortgaged premises', whereupon he shall be entitled to four days notice of the taking of the account of the amount due to the plaintiff and shall have six calendar months from the time of the taking of the account to redeem the mortgaged premises.

This Rule must be read with Rule 467 which makes it clear that the failure to appear or to file a D.O.R. enables the plaintiff to sign judgment for immediate foreclosure, subject to a reference being required as to encumbrancers, and the plaintiff will be entitled to a final order of foreclosure if on the reference no encumbrancer proves a claim.

The Rule changes do not appear to have dealt with the case where, as here, a plaintiff does not proceed to final judgment for foreclosure upon a

ment des sommes trouvées dues en renvoi et aux conditions que la Cour pouvait déterminer étant donné le défaut de comparution. S'il en est ainsi, je ne vois pas comment la créancière hypothécaire pouvait améliorer sa position en procédant, sans permission, à une vente en vertu de l'hypothèque, alors qu'elle avait cristallisé ses recours dans un jugement conditionnel qui imposait un renvoi. Vendre dans de telles circonstances, sans ordre ni permission de la Cour, revient à méconnaître ce que la Cour a formellement ordonné.

La Cour d'appel a soutenu que la règle 460A de l'Ontario, mise en vigueur le 31 mai 1941, ainsi que les modifications corrélatives aux Règles de procédure ont modifié la position du débiteur hypothécaire en l'obligeant à déposer un avis exprimant son désir d'avoir l'occasion de racheter (couramment appelé D.O.R.) s'il n'entend pas présenter d'autre défense à l'action en forclusion. A défaut de cet avis (et à défaut de défense), le droit de rachat automatique qu'il avait antérieurement serait perdu. La règle 460A, qui est devenue la règle 465 dans la refonte des Règles de pratique de l'Ontario effectuée en 1960, et qui était en vigueur à l'époque des faits de l'espèce, se lit comme suit:

[TRADUCTION] Le défendeur à une action en forclusion ou vente forcée qui désire avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués mais ne désire pas présenter d'autre défense à l'action, doit, dans le délai de comparution, déposer et signifier une note portant l'intitulé de l'action et ayant la teneur suivante: «Je désire avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués», sur quoi il aura droit à un avis de quatre jours de l'établissement du compte du montant dû au demandeur et aura six mois à compter de cet établissement pour racheter les lieux hypothéqués.

Cette règle doit être lue avec la règle 467 qui indique clairement que le défaut de comparaître ou de déposer un D.O.R. habilite le demandeur à obtenir jugement en forclusion immédiate, sauf si un renvoi est exigé quant aux créanciers, et le demandeur aura droit à une ordonnance définitive de forclusion si, lors du renvoi, aucun créancier ne prouve son droit.

Les modifications apportées aux Règles ne semblent pas avoir touché le cas où, comme ici, un demandeur ne requiert pas un jugement définitif

default by the mortgagor and on his failure to file a D.O.R., but instead seeks a judgment *nisi*. It is my opinion that such a judgment leaves open the equitable right to redeem, at least until judgment absolute is obtained, and that the plaintiff cannot sell under the power of sale without leave of the Court.

I return, too, to the observation previously made that the judgment *nisi* in this case does direct a reference, although the consequences thereof are not spelled out because of the deleted paragraph. The deletion is, however, mere form and the prevailing practice of allowing six months to redeem after the taking of accounts would be applicable.

Counsel for the appellant stressed the equities of the present case and, apart from the question of delay, they are clearly with the appellant. I refer to three matters; first, the property, mortgaged for \$4,000, was sold to the respondents for \$25,500; second, the solicitor, who was in complete charge of the dealings between the appellant and Alice Dale, acted on behalf of the latter to the detriment of the former; and third, there were existing subsequent encumbrancers of whom, apparently, no notice was taken by the solicitor and who were entitled to consideration in the foreclosure proceedings, and certainly, upon the reference directed by the judgment *nisi*.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal and restore the judgment of Moorhouse J. with costs to the appellant throughout.

JUDSON J. (*dissenting*)—The appellant Helga Petranik brought an action against Alice Dale, Frederick Parker and Eugene Berwick, claiming a declaration that a \$5,000 mortgage on a house and lot known as 62 La Rose Avenue, Etobicoke, Ontario, which was purportedly executed by Mrs. Petranik in favour of Mrs. Dale, was null and void, and that Parker and Berwick, who purchased the property from Mrs. Dale under power of sale in the mortgage, held the property in trust for Mrs. Petranik. Mrs. Dale counterclaimed for the difference between the amount realized on the sale and

de forclusion sur défaut du débiteur hypothécaire de comparaître et de déposer un D.O.R., mais demande à la place un jugement conditionnel. A mon avis, un tel jugement laisse intact le droit de racheter en *equity*, tout au moins jusqu'à l'obtention du jugement définitif. Le demandeur ne peut exercer le pouvoir de vente sans permission de la cour.

Je rappelle également qu'en l'espèce, le jugement conditionnel ordonne expressément un renvoi, encore que les conséquences n'en soient pas précisées à cause du paragraphe supprimé. La suppression n'est cependant que pure forme et la pratique courante, qui consiste à accorder un délai de rachat de six mois après l'établissement des comptes, est applicable.

Les procureurs de l'appelante ont insisté sur les considérations d'équité dans la présente affaire et, mise à part la question du retard, elles sont nettement en faveur de l'appelante. J'en relève trois: d'abord, l'immeuble, hypothéqué pour \$4,000, a été vendu \$25,500 aux intimés; ensuite, l'avocat, qui était entièrement chargé des négociations entre l'appelante et Alice Dale, a agi au profit de celle-ci au détriment de celle-là; et enfin, il existait des créanciers subséquents dont, apparemment, l'avocat n'a tenu aucun compte et qui avaient le droit d'être pris en considération lors des procédures de forclusion et, en tout cas, lors du renvoi ordonné par le jugement conditionnel.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir le jugement du juge Moorhouse, avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours.

LE JUGE JUDSON (*dissident*)—L'appelante Helga Petranik a intenté une action contre Alice Dale, Frederick Parker et Eugene Berwick, demandant qu'il soit déclaré qu'une hypothèque de \$5,000 sur une maison et un lot situés au 62, avenue La Rose à Etobicoke, en Ontario, qui avait été censément consentie par M^{me} Petranik en faveur de M^{me} Dale, était nulle et que Parker et Berwick, qui avaient acheté l'immeuble de M^{me} Dale en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque, le détenaient en fiducie pour le compte de M^{me} Petranik. Par demande reconventionnelle,

the amount owing to her on the mortgage and for expenses incurred. Parker and Berwick counter-claimed for damages suffered when a notice of claim registered on title by Mrs. Petranik prevented them from selling 62 La Rose after they had built another home on other property.

Moorhouse J., in a judgment dated June 3, 1971, found that the mortgage was valid to the extent of \$4000, but that the sale to Parker and Berwick, which took place after Mrs. Dale had obtained judgment *nisi* in a foreclosure action of which Parker and Berwick had notice, was null and void. The defendants Parker and Berwick appealed to the Ontario Court of Appeal which, in a unanimous judgment written by Arnup J.A., reported at [1973] 2 O.R. 217, held that the exercise of the power of sale was not invalid since the mortgagor had not given notice that she desired an opportunity to redeem and the judgment *nisi* did not confer any rights on the mortgagor which could be defeated by a sale. The plaintiff appealed to this Court.

Although the case involves *The Mortgages Act*, R.S.O. 1960, c. 245, and the Rules of Practice, R.R.O. 1960, Reg. 396, both of which have been substantially amended, it raises an issue which could affect other properties sold under power of sale within the limitation period of the last ten years: *The Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, s. 4.

The issue is not merely one of practice, but, as in any mortgage action, one of equity. It is well established that even a final foreclosure order can be reopened if the circumstances warrant such action. It is thus important to inquire into the dealings of the parties though they are complex and reach back many years.

M^{me} Dale a réclamé la différence entre le montant réalisé lors de la vente et le montant qui lui était dû en vertu de l'hypothèque, ainsi que le remboursement des dépenses engagées. Par demande reconventionnelle, Parker et Berwick ont réclamé des dommages-intérêts pour le préjudice qu'ils avaient subi lorsqu'un avis de réclamation enregistré contre le titre de propriété par M^{me} Petranik les avait empêchés de vendre le 62, La Rose après qu'ils ont construit une autre maison sur un autre terrain.

Le juge Moorhouse, dans un jugement du 3 juin 1971, a estimé que l'hypothèque était valide à concurrence de \$4,000, mais que la vente à Parker et Berwick, qui avait eu lieu après que M^{me} Dale eut obtenu un jugement conditionnel dans une action en forclusion dont Parker et Berwick avaient été avisés, était nulle. Les défendeurs Parker et Berwick ont fait appel à la Cour d'appel de l'Ontario qui, dans un jugement unanime rédigé par le juge Arnup, publié dans [1973] 2 O.R. 217, a décidé que le pouvoir de vente n'avait pas été irrégulièrement exercé puisque la débitrice hypothécaire n'avait pas donné avis de son désir d'avoir une occasion de racheter et que le jugement conditionnel ne lui conférait aucun droit auquel une vente puisse faire échec. La demanderesse en a alors appelé à notre Cour.

Bien que *The Mortgages Act*, R.S.O. 1960, c. 245 et les Règles de pratique, R.R.O. 1960, R. 396, que cette affaire met en jeu, aient été toutes deux profondément modifiées depuis, cette affaire soulève une question qui peut viser d'autres immeubles vendus en vertu d'un pouvoir de vente durant la période de prescription des dix dernières années: *The Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, art. 4.

La question n'est pas seulement d'ordre procédural. C'est aussi, comme dans toute action hypothécaire, une question d'*equity*. Il est bien établi en effet que même une ordonnance définitive de forclusion peut être réouverte si les circonstances le justifient. Il est donc important d'examiner les relations entre les parties même si elles sont complexes et remontent à de nombreuses années.

The appellant Helga Petranik and her husband Ludwik came to Canada from Germany in 1949 and worked industriously to establish themselves. Mr. Petranik worked on the construction of houses, at first as a carpenter and then as a self-employed contractor. In 1951 the Petraniks built a triplex at 38 Beckett Avenue. They rented two units and lived in the other until 1957 when they moved into a house which Mr. Petranik had built on Hadrian Drive. They stayed there two months until the house was sold and then moved into a house which Mr. Petranik had built at 37 Beckett Avenue. Mrs. Petranik, on the recommendation of a friend at work, consulted Mr. G. A. Howell, a solicitor, about a by-law affecting 38 Beckett Avenue. Mr. Howell had clients willing to invest in mortgages, and the Petraniks came to rely on him for some of the financing for their growing construction business.

Unfortunately, the conduct of Mr. Howell's mortgage practice was, in the words of the trial judge, "irresponsible, incompetent or negligent". It appears that as Mr. Petranik needed money, Mr. Howell would have him or Mrs. Petranik execute a mortgage on one of their properties. There is reason for suspicion that some of these mortgages may have been executed in blank to be used as needed. The trial judge did not find that Mr. Howell had acted fraudulently, but he certainly acted improperly, not only on the mortgage transactions where he acted for both parties, but at trial where he represented Mrs. Dale against Mrs. Petranik.

One of the mortgages registered against 37 Beckett Avenue was a mortgage for \$5,000 in favour of Mrs. Dale, a client of Mr. Howell and the 83 year old mother of Mr. Howell's secretary. On January 11, 1956, Mrs. Dale had advanced \$4,000 to Mr. Howell by a cheque marked "Re: Petranik Loan". It was alleged, but not established, that in return she received an unregistered mortgage from the Petraniks on three houses on Hadrian Drive. On January 12, 1958, Mrs. Dale

Originaires d'Allemagne, Helga Petranik et son mari Ludwik arrivèrent au Canada en 1949 et travaillèrent assidûment à s'y établir. M. Petranik travailla dans la construction domiciliaire, d'abord comme charpentier, puis comme entrepreneur indépendant. En 1951, les Petranik construisirent un triplex au 38, avenue Beckett. Ils louèrent deux des logements et vécurent dans le troisième jusqu'en 1957, date à laquelle ils emménagèrent dans une maison que M. Petranik avait construite sur la promenade Hadrian. Ils y restèrent deux mois jusqu'à ce que la maison soit vendue et emménagèrent alors dans une maison que M. Petranik avait construite au 37, avenue Beckett. M^{me} Petranik, sur la recommandation d'une amie qui travaillait avec elle, consulta un avocat, M^c G. A. Howell, à propos d'un règlement qui visait le 38, avenue Beckett. M^c Howell avait des clients qui voulaient faire des placements hypothécaires et les Petranik s'en remirent à lui pour une partie du financement de leur entreprise de construction en expansion.

Malheureusement, M^c Howell menait sa pratique hypothécaire, selon les propres termes du juge de première instance, de façon [TRADUCTION] «irresponsable, incompétente ou négligente». M. Petranik ayant besoin d'argent, il semble que M^c Howell aurait amené M. Petranik ou M^{me} Petranik à consentir une hypothèque sur un de leurs immeubles. Il y a quelque raison de soupçonner que certaines de ces hypothèques aient pu être signées en blanc pour être utilisées au besoin. Le juge de première instance n'a pas considéré que M^c Howell avait agi frauduleusement mais qu'il avait certainement agi contre l'éthique professionnelle, non seulement en agissant pour les deux parties lors d'opérations hypothécaires mais en représentant M^{me} Dale au procès contre M^{me} Petranik.

L'une des hypothèques enregistrées sur le 37, avenue Beckett était une hypothèque de \$5,000 en faveur de M^{me} Dale. Cliente de M^c Howell et mère de la secrétaire de celui-ci, elle était âgée de 83 ans. Le 11 janvier 1956, M^{me} Dale avait avancé \$4,000 à M^c Howell avec un chèque portant l'inscription [TRADUCTION]: «Objet: prêt Petranik». Il a été allégué, mais non prouvé, qu'en retour elle avait obtenu des Petranik une hypothèque non enregistrée sur trois maisons de la promenade

gave Mr. Petranik an additional \$1,000 which was added to the mortgage principal. A \$5,000 mortgage was then registered against 37 Beckett Avenue. The Petraniks claimed that the \$1,000 was not a loan but was part payment for renovations which Mr. Petranik had completed for another client of Mr. Howell. The trial judge accepted this explanation, but since there was evidence that the Petraniks had made payments to Mrs. Dale for interest on a loan of \$4,000, he rejected the Petraniks' claim that they had never borrowed money from Mrs. Dale.

In May 1958, Helga Petranik purchased municipal lots 62 and 64 La Rose Avenue for \$12,800. She paid \$3,500 cash and the vendor took back a mortgage for \$9,800. Two months later, Mr. Petranik exchanged 37 Beckett Avenue for 50 acres of farmland in Chinguacousy Township. Mrs. Dale's mortgage on 37 Beckett was discharged before the exchange, and in its place Mrs. Petranik executed a mortgage on 62 La Rose in favour of Mrs. Dale for \$5,000. This was dated July 12, 1958, but not registered until January 8, 1959. In the meantime, in order to finance the construction of a house on 62 La Rose, Mrs. Petranik arranged through Mr. Howell to mortgage the property to Mr. White for \$16,000. This mortgage was executed November 1, 1958 and registered December 11, 1958. On March 10, 1959, a further mortgage was registered against both 62 and 64 La Rose Avenue to secure \$3,000 which was purportedly advanced by Richard and Stella Graham, also clients of Mr. Howell. The first mortgage to the vendor was discharged on March 21, 1959, the discharge being registered on April 22, 1959. On September 23, 1960, White assigned part of his mortgage to May E. Wallace. Thus, in 1960, 62 La Rose was mortgaged to White and Wallace for \$16,000, to Dale for \$5,000, and to the Grahams for \$3,000.

In July 1961 the Petraniks moved to Chatham, Ontario, where Mr. Petranik worked on a construction project. They rented 62 La Rose to Ivor Andrew who lived there with his family from July

Hadrian. Le 12 janvier 1958, M^{me} Dale remit à M. Petranik \$1,000 supplémentaires qui furent ajoutés au principal de la dette hypothécaire. Une hypothèque de \$5,000 fut alors enregistrée sur le 37, avenue Beckett. Les Petranik ont fait valoir que les \$1,000 ne représentaient pas un prêt mais le paiement partiel de rénovations que M. Petranik avait effectuées pour un autre client de M^c Howell. Le juge de première instance a accepté cette explication, mais puisqu'il était prouvé que les Petranik avaient versé à M^{me} Dale des intérêts sur un prêt de \$4,000, il a rejeté leur prétention selon laquelle ils n'avaient jamais emprunté d'argent à M^{me} Dale.

En mai 1958, Helga Petranik acheta des lots situés aux numéros 62 et 64 de l'avenue La Rose pour \$12,800. Elle versa \$3,500 comptant et le vendeur prit une hypothèque de \$9,800. Deux mois plus tard, M. Petranik échangea le 37, avenue Beckett contre 50 acres de terre à culture dans le canton de Chinguacousy. L'hypothèque de M^{me} Dale sur le 37, avenue Beckett fut purgée avant l'échange et, à sa place, M^{me} Petranik consentit à M^{me} Dale une hypothèque de \$5,000 sur le 62, avenue La Rose. Celle-ci était datée du 12 juillet 1958, mais elle ne fut enregistrée que le 8 janvier 1959. Entre-temps, pour financer la construction d'une maison au 62, avenue La Rose, M^{me} Petranik consentit, par l'intermédiaire de M^c Howell, une hypothèque de \$16,000 sur l'immeuble à M. White. Cette hypothèque fut signée le 1^{er} novembre 1958 et enregistrée le 11 décembre 1958. Le 10 mars 1959, une autre hypothèque fut enregistrée sur les 62 et 64, avenue La Rose pour garantir \$3,000 censément avancés par Richard et Stella Graham, également clients de M^c Howell. La première hypothèque du vendeur fut purgée le 21 mars 1959, la purge étant enregistrée le 22 avril 1959. Le 23 septembre 1960, White céda une partie de son hypothèque à May E. Wallace. Ainsi, en 1960, le 62, avenue La Rose était hypothéqué pour \$16,000 en faveur de White et de Wallace, \$5,000 en faveur de Dale, et \$3,000 en faveur des Graham.

En juillet 1961, les Petranik déménagèrent à Chatham en Ontario, où M. Petranik travaillait dans un projet de construction. Ils louèrent le 62, avenue La Rose à Ivor Andrew qui vécut là avec sa

15, 1961 to December 31, 1961. After the Andrews moved out, the house was left vacant. The Petraniks returned from Chatham in the fall of 1961 when the contractor for the project went bankrupt. Since the Andrews were still occupying 62 La Rose, the Petraniks moved into one of the houses Mr. Petranik was building in Oakville.

The Petraniks were in a precarious financial position. One of the houses in Oakville was foreclosed and, according to Mrs. Petranik, they had to let it go because they could not afford to redeem it. Mrs. Petranik also volunteered that their cottage was being foreclosed and that she was served with a writ of possession with respect to another Oakville house. Writs of execution amounting to \$8,082.81 were registered against the lands of Helga Petranik in 1960 and 1961. Taxes on 62 La Rose were not paid after 1959, no payments were made on the White mortgage after January 1960, and the Dale mortgage was also in default.

On May 26, 1961, Mr. Howell wrote to Mrs. Petranik that, because of the continuing default under the mortgages, he would require vacant possession of both 62 and 64 La Rose. The Dale mortgage provided for repayment of principal on July 12, 1961. On July 17, 1961, payments of the interest and principal were both in default and Mrs. Dale, through Mr. Howell, commenced a foreclosure action. Mrs. Petranik denied being served with the specially-endorsed writ, but the affidavit of a sheriff's officer, who had died before trial, indicates that it was served on February 2, 1962. The trial judge expressly made no finding as to service, but as Arnup J.A. pointed out in the Court of Appeal, Mrs. Petranik has no cause of action unless the writ was served. Arnup J.A. dealt with the case on the assumption of service and his doing so was not disputed in this Court. The writ provided as follows:

... and that the mortgage may be enforced by foreclosure. And to recover from you the defendant

famille du 15 juillet 1961 au 31 décembre 1961. Après le départ des Andrew, la maison demeura vacante. Les Petranik revinrent de Chatham en automne 1961 lorsque l'entrepreneur du projet fit faillite. Comme les Andrew occupaient encore le 62, avenue La Rose, les Petranik emménagèrent dans une des maisons que M. Petranik était en train de construire à Oakville.

Les Petranik étaient dans une situation financière précaire. Une des maisons d'Oakville fut frappée de forclusion et, selon M^{me} Petranik, ils durent l'abandonner parce qu'ils n'avaient pas les moyens de la racheter. M^{me} Petranik a admis que leur chalet était en instance de forclusion et qu'un bref de possession concernant une autre maison d'Oakville lui avait été signifié. Des brefs d'exécution d'un montant de \$8,082.81 furent enregistrés sur les biens-fonds d'Helga Petranik en 1960 et 1961. Les taxes du 62, avenue La Rose ne furent pas payées après 1959; aucun paiement ne fut effectué sur l'hypothèque White après janvier 1960 et l'hypothèque Dale était également en souffrance.

Le 26 mai 1961, M^e Howell écrivit à M^{me} Petranik qu'en raison du défaut persistant de paiement des hypothèques, il exigerait la pleine possession du 62 et du 64, avenue La Rose. L'hypothèque Dale prévoyait le remboursement du principal pour le 12 juillet 1961. Le 17 juillet 1961, le paiement des intérêts et du principal n'ayant pas été effectué, M^{me} Dale, par l'intermédiaire de M^e Howell, intenta une action en forclusion. M^{me} Petranik a nié que le bref à endossement spécial lui ait été signifié, mais la déclaration sous serment d'un fonctionnaire du bureau du shérif, décédé avant le procès, indique qu'il a été signifié le 2 février 1962. Le juge de première instance ne s'est pas prononcé expressément sur la signification mais, comme l'a souligné le juge Arnup en Cour d'appel, M^{me} Petranik n'a de cause d'action que si le bref lui a été signifié. Le juge Arnup a étudié l'affaire en présumant que la signification avait eu lieu et son attitude n'a pas été contestée devant notre Cour. Le bref était libellé en ces termes:

[TRADUCTION] ... et que l'hypothèque peut être exécutée par forclusion. Et pour recouvrer de vous la défende-

payment of the amount due under a covenant
by (you)

in that behalf contained in said
Mortgage.

And take notice further that the plaintiff claims to be entitled to recover immediate possession of the mortgaged premises.

And take notice that the plaintiff claims that there is now due for principal money the sum of \$5,000.00 and for interest the sum of \$384.30 due the 12th day of July 1961.

And that you are liable to be charged with these sums with subsequent interest to be computed at the rate of ten per cent per annum, and costs in and by the judgment to be drawn up, *and that judgment for immediate foreclosure* of your interest in the mortgaged premises *may be entered* unless you desire an opportunity to redeem the mortgaged premises and before the expiration of the time allowed you for appearance you do file in the office within named and serve a memorandum in writing entitled in this action and signed by yourself or your solicitor to the following effect: "I desire an opportunity to redeem the mortgaged premises", and give an address for service, in which case you will be entitled to four days' notice of the taking of the account of the amount due to the plaintiff and in default of payment of the amount found due within six calendar months from the time of taking of the account and the drawing up of the judgment your interest in the mortgaged premises may be foreclosed.

Mrs. Petranik was thus given notice that if she desired to defend or to redeem she must take certain steps, as provided in Rule 465 (formerly R. 460A). Mrs. Petranik did not file an appearance or a notice desiring opportunity to redeem, and on March 23, 1962, the Assistant Registrar signed judgment, directed a reference with respect to subsequent encumbrancers, and ordered Mrs. Petranik to deliver up possession of the property. The form of judgment as first drafted provided as follows:

Judgment

Friday, the 23rd day of March, 1962.

UPON reading the Writ of Summons issued in this action, and affidavit of service of the said writ and no appearance having been entered and *no notice that the defendant desires an opportunity to redeem the mortgaged premises having been filed*;

resse paiement du montant dû en vertu d'un
engagement souscrit par (vous)

contenu à cet effet dans ladite
hypothèque.

Et soyez avisée en outre que la demanderesse prétend avoir le droit de recouvrer la possession immédiate des lieux hypothéqués.

Et soyez avisée que la demanderesse prétend qu'il lui est maintenant dû \$5,000 en capital et \$384.30 en intérêts échus au 12 juillet 1961.

Et que vous êtes susceptible d'être condamnée à ces sommes qui porteront intérêt au taux de dix pour cent par an, ainsi qu'aux frais du jugement qui doit être dressé à cet effet, *et qu'un jugement de forclusion immédiate* de vos droits sur les lieux hypothéqués *peut être inscrit* à moins que vous ne désiriez avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués et qu'avant l'expiration du temps qui vous est accordé pour comparaître, vous ne déposiez au bureau désigné dans les présentes et ne signifiiez une note, portant l'intitulé de l'action, signée par vous-même ou votre avocat et ayant la teneur suivante: «Je désire avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués» et ne donniez une adresse en vue des significations, auquel cas vous aurez droit à un avis de quatre jours de l'établissement du compte du montant dû à la demanderesse et à défaut de paiement du montant trouvé dû dans les six mois à compter de la date de l'établissement du compte et de la rédaction du jugement, vos droits sur les lieux hypothéqués peuvent être forclos.

M^{me} Petranik fut ainsi avisée que si elle désirait se défendre ou racheter, elle devait prendre certaines mesures, prévues par la règle 465 (anciennement R. 460A). M^{me} Petranik ne comparut pas et ne déposa pas avis de son désir d'avoir l'occasion de racheter et, le 23 mars 1962, le registraire adjoint signa jugement, ordonna un renvoi en ce qui concernait les créanciers subséquents et ordonna à M^{me} Petranik de remettre l'immeuble. La première rédaction du jugement était la suivante:

[TRADUCTION] Jugement

le vendredi 23 mars 1962

VU le bref d'assignation délivré dans la présente action et l'attestation sous serment de la signification dudit bref, en l'absence de comparution et *aucun avis n'ayant été déposé exprimant le désir de la défenderesse d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués*;

1. IT IS ORDERED AND ADJUDGED that all necessary enquiries be made, accounts taken, costs taxed and proceedings had for redemption or foreclosure and that for these purposes this cause be referred to the Master at the City of Toronto.

2. AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith after making of the Master's report pay to the plaintiff what shall be found due her for principal money, interest and costs at the date of the said report and upon payment of the amount due to her that, (subject to the provision of section 2 of The Mortgages Act) the plaintiff do assign and convey the mortgaged premises, and deliver up all documents relating thereto.

3. AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith deliver to the plaintiff, or to whom she may appoint, possession of the lands and premises in question in this cause, or of such part thereof as may be in the possession of the said defendant.

In the judgment as issued, paragraph 2 was struck out and the remaining paragraphs renumber I and II. No explanation was given for this deletion, but it seems clear that it was designed to comply with the possible judgments set out in Rule 472 (formerly R. 467):

472. (1) In an action for foreclosure or sale where the writ has been duly endorsed and the defendant fails to appear or fails to file a notice that he desires an opportunity to redeem the mortgaged premises, the plaintiff may sign judgment for immediate sale or for immediate foreclosure unless a reference is desired as to encumbrancers (Form 104).

(2) If a reference is desired as to encumbrancers, the plaintiff is entitled to judgment with a reference, and, if no encumbrancer, shall prove any claim the Master so certifies, and, upon confirmation of the Master's report, a final order of sale or of foreclosure shall be made.

(3) If upon the reference a subsequent encumbrancer proves a claim, the usual period of redemption shall be granted, but, if the encumbrancer consents, a final order may be made at an earlier date.

(4) In the event of a notice being filed by the defendant desiring an opportunity to redeem the mortgaged premises and no reference as to encumbrancers being required, judgment may be signed and the officer signing it may in simple cases take the account on four days'

1. IL EST ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que toutes les recherches nécessaires soient faites, les comptes dressés, les frais taxés et les mesures prises en vue de rachat ou de forclusion et qu'à ces fins la présente cause soit renvoyée au *Master* en la ville de Toronto.

2. ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que, après dépôt du rapport du *Master*, la défenderesse paye immédiatement à la demanderesse ce qui lui sera trouvé dû en capital, intérêts et frais à la date dudit rapport et, sur paiement du montant qui lui est dû, que (sous réserve des dispositions de l'article 2 de *The Mortgages Act*) la demanderesse rétrocède les lieux hypothéqués et rende tous documents les concernant.

3. ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que la défenderesse mette immédiatement la demanderesse, ou la personne qu'elle peut désigner, en possession des biens-fonds et lieux en question dans la présente cause ou de toute partie de ceux-ci qui peut être en la possession de ladite défenderesse.

Dans le jugement réellement rendu, le paragraphe 2 fut biffé et les paragraphes restants renumérotés I et II. Aucune explication de cette suppression n'a été fournie, mais il paraît clair qu'elle fut effectuée pour se conformer aux diverses possibilités de jugement envisagées par la règle 472 (anciennement R. 467):

[TRADUCTION] 472. (1) Lorsque dans une action en forclusion ou vente forcée, le bref a été régulièrement signifié et que le défendeur fait défaut de comparaître ou de déposer un avis de son désir d'avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués, le demandeur peut obtenir un jugement de vente immédiate ou de forclusion immédiate à moins qu'un renvoi concernant les créanciers ne soit désiré (Formule 104).

(2) Si un renvoi concernant les créanciers est désiré, le demandeur a droit à un jugement avec renvoi et, s'il n'y a pas de créancier, doit prouver toute créance que le *Master* certifie ainsi, et, sur confirmation du rapport du *Master*, une ordonnance définitive de vente ou de forclusion doit être prononcée.

(3) Si lors du renvoi un créancier subséquent prouve une créance, la période habituelle de rachat sera accordée mais, si le créancier y consent, une ordonnance définitive peut être prononcée dans un délai plus court.

(4) Au cas où un avis est déposé par le défendeur qui désire avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués et où aucun renvoi concernant les créanciers n'est requis, jugement peut être délivré et le fonctionnaire qui le délivre peut, dans les cas simples, dresser les comptes

notice to the defendant. His findings are subject to an appeal to a judge in chambers in the manner prescribed for appeals from the Master. In complicated cases a judgment shall issue directing a reference (Form 103).

(5) In the event of a notice being filed by the defendant desiring an opportunity to redeem the mortgaged premises and a reference being desired as to encumbrancers, judgment may be signed directing a reference, and the account shall be taken by the Master on four days' notice to the person filing the notice (Form 102).

(6) Where the writ has not been personally served, the claim of the plaintiff shall be duly verified by an affidavit which shall be filed with the officer taking the account. (467)

If there had been no subsequent encumbrancers, a final order of immediate foreclosure would have been signed on March 23, 1962 since the mortgagor had not indicated that she desired an opportunity to redeem. However, there were subsequent encumbrancers in this case: the Grahams held a \$3,000 mortgage on 62 and 64 La Rose Avenue and there were two execution creditors. According to Mr. Howell, he had purchased the Graham mortgage in 1962 and discharged it insofar as it affected 62 La Rose, but neither the assignment nor the discharge had been registered. A reference was directed to enable the encumbrancers to prove their claims. By virtue of Rule 406 (formerly R. 403), Mrs. Petranik was not entitled to any notice of the reference. Her interest in the equity of redemption was already effectively foreclosed, but others with an interest in the equity were to be given their opportunity to redeem. If, like Mrs. Petranik, they took no further steps, a final order of foreclosure would be issued.

The Rules of Practice do not prevail over the principles of equity which govern mortgage actions, and the court retains jurisdiction to exercise its equitable discretion to allow a mortgagor to redeem his property even after a final order of foreclosure is made: Falconbridge, *The Law of Mortgages* (3rd ed., 1942), at pp. 450 ff. If Mrs. Petranik had, through inadvertence or otherwise, failed to file a notice desiring opportunity to redeem when in fact she did desire to redeem and had a substantial interest in the equity to protect, a

sur avis de quatre jours adressé au défendeur. Ses conclusions peuvent être portées en appel devant un juge en chambre en la manière prescrite pour les appels des décisions du *Master*. Dans les cas compliqués, un renvoi sera ordonné par jugement (Formule 103).

(5) Au cas où un avis est déposé par le défendeur qui désire avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués et où un renvoi concernant les créanciers est désiré, un jugement ordonnant un renvoi peut être délivré et les comptes seront dressés par le *Master* sur avis de quatre jours adressé à la personne qui dépose l'avis (Formule 102).

(6) Quand le bref n'a pas été signifié en personne, la créance du demandeur sera attestée par une déclaration sous serment remise au fonctionnaire qui dresse les comptes. (467)

S'il n'y avait pas eu de créanciers subséquents, une ordonnance définitive de forclusion immédiate aurait été rendue le 23 mars 1962 puisque la débitrice hypothécaire n'avait pas indiqué qu'elle désirait avoir une occasion de racheter. Mais dans cette affaire, il y en avait: les Graham détenaient une hypothèque de \$3,000 sur le 62 et le 64, avenue La Rose et il y avait deux créanciers saisissants. Selon M^c Howell, il avait acheté l'hypothèque des Graham en 1962 et l'avait purgée en ce qui concerne le 62, avenue La Rose, mais ni la cession ni la purge n'avaient été enregistrées. Un renvoi fut ordonné pour permettre aux créanciers de prouver leurs créances. En vertu de la règle 406 (anciennement R. 403), M^{me} Petranik n'avait pas le droit d'être avisée du renvoi. Son droit de rachat était déjà effectivement forclus, mais il fallait donner une occasion de racheter aux autres personnes qui avaient un droit. Si, comme M^{me} Petranik, ils ne se manifestaient pas, une ordonnance définitive de forclusion serait rendue.

Les Règles de pratique ne l'emportent pas sur les principes d'*equity* qui régissent les actions hypothécaires, et les tribunaux demeurent compétents en *equity* pour exercer leur pouvoir discrétionnaire et permettre à un débiteur hypothécaire de racheter sa propriété même après une ordonnance définitive de forclusion: Falconbridge, *The Law of Mortgages* (3^e éd. 1942), pp. 450 et suiv. Si M^{me} Petranik avait, par inadvertance ou autrement, omis de déposer un avis de son désir d'avoir l'occasion de racheter alors qu'elle voulait vrai-

court might well have reopened the judgment and allowed her a redemption period. However, Mrs. Petranik at no time indicated a desire to redeem the property even after seeking legal advice about her rights. Her slight interest in the equity of redemption did not make it worth her while to redeem and she was not in a financial position to do so.

On the basis of the March 23, 1962 judgment, Mrs. Dale obtained a writ of possession, and in April 1962 the writ was executed. If Mrs. Petranik had not been aware of the foreclosure action, she certainly was aware that Mrs. Dale had taken possession. She immediately consulted a solicitor, but took no further action at that time.

Mrs. Dale did not proceed with a reference as to subsequent encumbrancers as ordered in the judgment. In May 1962, H. W. Anderson, a real estate broker who was looking for a house for the respondent Berwick, inquired whether 62 La Rose, which was vacant, was for sale. On May 15, 1962, Mr. Berwick offered \$23,500 for the house. Mr. Howell's secretary (Mrs. Dale's daughter) advertised the house for sale in the *Toronto Star* on May 15-18, 1962. Mrs. Dale asked \$26,800 for the property. On May 29, 1962, Mr. Berwick offered \$25,500 subject to adjustments and conditional on the vendor agreeing to discharge any existing mortgages or encumbrances. Mrs. Dale accepted this offer. She sold the property by purported exercise of her power of sale under the mortgage which provided that after default of payment for two months she could sell without notice. Amendments to *The Mortgages Act* which provide that a power of sale under a mortgage cannot be exercised without 35 days' notice to the mortgagor and all subsequent encumbrancers did not come into effect until 1964 and thus Mrs. Dale was not required to give notice of the sale.

After adjustments, Mrs. Dale received \$24,499.66 from Berwick and Parker, who took joint title. She paid \$9,100.64 to Mr. White and \$10,086.30 to May Wallace to whom White had

ment le faire et si elle avait eu vraiment un droit à protéger, un tribunal aurait fort bien pu rouvrir le jugement et lui accorder un délai de rachat. Cependant, à aucun moment M^{me} Petranik n'a manifesté le désir de racheter l'immeuble même après s'être renseignée sur ses droits auprès d'un avocat. Ce qu'elle pouvait retirer de son droit de rachat ne valait guère la peine de l'exercer et sa situation financière ne le lui permettait pas.

Se fondant sur le jugement du 23 mars 1962, M^{me} Dale obtint un bref de possession qui fut exécuté en avril 1962. Si M^{me} Petranik n'avait pas eu connaissance de l'action en forclusion, elle était certainement au courant de la prise de possession par M^{me} Dale. D'ailleurs, elle consulta immédiatement un avocat, mais ne prit pas d'autres mesures à l'époque.

M^{me} Dale ne fit pas procéder au renvoi concernant les créanciers subséquents, comme le jugement l'avait ordonné. En mai 1962, H. W. Anderson, courtier en immeubles qui cherchait une maison pour l'intimé Berwick, demanda si le 62, avenue La Rose, qui était vacant, était à vendre. Le 15 mai 1962, M. Berwick en offrit \$23,500. La secrétaire de M^c Howell (fille de M^{me} Dale) fit paraître une annonce de maison à vendre dans le *Toronto Star* du 15 au 18 mai 1962. M^{me} Dale demandait \$26,800 pour l'immeuble. Le 29 mai 1962, M. Berwick fit une offre de \$25,500 sous réserve des ajustements et à condition que le vendeur s'engageât à purger toutes hypothèques ou charges existantes. M^{me} Dale accepta cette offre. Elle vendit l'immeuble, se réclamant de l'exercice de son pouvoir de vente attaché à l'hypothèque qui prévoyait qu'à défaut de paiement pendant deux mois, elle pouvait vendre sans préavis. Les modifications apportées à *The Mortgages Act*, qui disposent qu'un pouvoir de vente en vertu d'une hypothèque ne peut être exercé que 35 jours après en avoir avisé le débiteur hypothécaire et tous les créanciers subséquents, ne sont entrées en vigueur qu'en 1964 et M^{me} Dale n'était donc pas tenue de donner avis de la vente.

Après ajustements, M^{me} Dale reçut \$24,499.66 de Berwick et Parker, qui devinrent copropriétaires. Elle paya \$9,100.64 à M. White et \$10,086.30 à May Wallace à qui White avait cédé une partie

assigned part of his mortgage. After payment of various expenses associated with the sale, Mrs. Dale received a cheque for \$2,250.39.

More than two years after the sale, on July 14, 1964, Mrs. Petranik issued a writ against Mrs. Dale, Mr. Berwick and Mr. Parker, claiming a declaration that the mortgage to Mrs. Dale was null and void and an accounting of the proceeds of the sale. Mrs. Petranik also claimed a declaration that Parker and Berwick hold the property in trust for her and filed a *lis pendens* against the lands. No further steps were taken, and on September 27, 1966, the action was dismissed by the Master for want of prosecution and the *lis pendens* vacated. Mrs. Petranik then filed a notice of claim against the property which, on May 30, 1968, Stewart J. ordered vacated. An application to set aside the order dismissing the action for want of prosecution was dismissed on April 9, 1969, but, on appeal from the order vacating the notice of claim, the Court of Appeal reinstated the notice pending commencement by Mrs. Petranik on or before February 3, 1969 of proceedings to reopen the action instituted by her in 1964 or to institute other proceedings. The Court further ordered that if no proceedings had been taken by February 3, 1969, Berwick and Parker could revive their application to vacate registration of the notice of claim. Mrs. Petranik issued the writ in this action on April 28, 1969. The defendants applied to vacate the notice of claim, and on May 28, 1969, Stark J. so ordered. In their statement of defence to this action, Parker and Berwick argued that the action should be dismissed because of the plaintiff's laches, but the trial judge dealt with the case on its merits. No argument was addressed either to the Court of Appeal or to this Court on the question of delay, but when assessing the equities, it is relevant to consider the plaintiff's delay in asserting her claim.

The refusal of Mrs. Petranik to remove the notice of claim registered on title prevented Parker and Berwick from selling the property. They had

de son hypothèque. Après paiement de diverses dépenses reliées à la vente, M^{me} Dale reçut un chèque de \$2,250.39.

Plus de deux ans après la vente, le 14 juillet 1964, M^{me} Petranik se fit délivrer un bref contre M^{me} Dale, M. Berwick et M. Parker, par lequel elle demandait une déclaration de nullité de l'hypothèque consentie à M^{me} Dale ainsi qu'une reddition de compte des produits de la vente. M^{me} Petranik demandait également une déclaration selon laquelle Parker et Berwick détenaient l'immeuble en fiducie pour son compte et elle enregistra un avis de litispendance contre les biens-fonds. Aucune autre mesure ne fut prise et, le 27 septembre 1966, l'action fut rejetée par le *Master* pour absence de procédures et la litispendance annulée. M^{me} Petranik déposa alors un avis de réclamation contre l'immeuble, dont le juge Stewart ordonna l'annulation le 30 mai 1968. Une requête en révocation de l'ordonnance rejetant l'action pour absence de procédures fut rejetée le 9 avril 1969 mais, sur appel de l'ordonnance d'annulation de l'avis de réclamation, la Cour d'appel rétablit l'avis sous condition que, le 3 février 1969 au plus tard, M^{me} Petranik entamât des procédures pour rouvrir l'action qu'elle avait intentée en 1964 ou intentât d'autres procédures. La Cour ordonna au surplus que, si aucune procédure n'était intentée le 3 février 1969, Berwick et Parker pourraient renouveler leur demande d'annulation de l'enregistrement de l'avis de réclamation. Le bref dans la présente action fut délivré à M^{me} Petranik le 28 avril 1969. Les défendeurs demandèrent l'annulation de l'avis de réclamation et, le 28 mai 1969, le juge Stark prononça une ordonnance en ce sens. Dans leur défense à la présente action, Parker et Berwick ont prétendu que celle-ci devait être rejetée en raison des retards déraisonnables de la demanderesse, mais le juge de première instance examina l'affaire au fond. La question du retard n'a été plaidée ni devant la Cour d'appel ni devant cette Cour mais, s'agissant d'apprécier la situation en *equity*, il est à-propos d'examiner le retard de la demanderesse à faire valoir son droit.

Le refus de M^{me} Petranik de retirer l'avis de réclamation enregistré contre le titre empêcha Parker et Berwick de vendre la propriété. Ceux-ci

built a house on 30 acres in Campbellville, and planned to sell 62 La Rose. In September 1968, they received an offer to purchase 62 La Rose for \$44,000, but because of the notice of claim they could not satisfy the requisitions with respect to title. A subsequent offer from another party also fell through. Finally, Berwick and Parker sold the Campbellville property. They counterclaimed for damages for abuse of process and slander of title, but did not press their claim on appeal.

The principal ground on which Mrs. Petranik sought to set aside the sale of the property to Parker and Berwick was that she had not executed a mortgage in favour of Mrs. Dale and had received no consideration for such a mortgage. As indicated above, these allegations were rejected by the trial judge and were not pursued on appeal.

The issue on which the case turned at trial and on appeal was whether Mrs. Dale was entitled to sell the property under power of sale in the mortgage or whether this power was suspended by virtue of the judgment signed by the assistant registrar in the foreclosure action. At trial Moorhouse J., relying on a judgment of Farwell J. in *Stevens v. Theatres, Limited*⁵, which has been followed in *DeBeck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.*⁶ and *Marshall et al v. Miles*⁷, held that after Mrs. Dale had obtained judgment *nisi* for foreclosure, she could not exercise a power of sale without leave of the court. The trial judge declared that the deed from Dale to Parker and Berwick was invalid, directed that Dale or others may proceed with the reference directed by the judgment *nisi* and ordered that Mrs. Petranik be given notice of the reference. He made certain other declarations with respect to the interest of Parker and Berwick in the moneys they paid on the invalid sale and gave direction as to how accounts were to be taken at the reference. He

avaient construit une maison sur un terrain de 30 acres à Campbellville et fait le projet de vendre le 62, avenue La Rose. En septembre 1968, ils reçurent une offre d'achat de \$44,000 pour le 62, avenue La Rose mais, à cause de l'avis de réclamation, ils ne purent satisfaire aux exigences concernant le titre. Une offre postérieure faite par une autre personne tomba également. Finalement, Berwick et Parker vendirent leur propriété de Campbellville. Ils agirent reconventionnellement en dommages-intérêts pour abus de procédures et fausse déclaration concernant un titre de propriété, mais abandonnèrent cette prétention en appel.

Le principal motif invoqué par M^{me} Petranik pour faire annuler la vente de l'immeuble à Parker et Berwick était qu'elle n'avait pas signé d'hypothèque en faveur de M^{me} Dale et qu'elle n'avait reçu aucune contrepartie pour une telle hypothèque. Comme on l'a déjà indiqué, ces allégations ont été rejetées par le juge de première instance et n'ont pas été reprises en appel.

La question sur laquelle a porté l'affaire en première instance et en appel était de savoir si M^{me} Dale avait le droit de vendre l'immeuble en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque ou si ce pouvoir était suspendu par le jugement signé par le registraire adjoint dans l'action en forclusion. En première instance, le juge Moorhouse, se fondant sur un jugement du juge Farwell dans *Stevens v. Theatres, Limited*⁵, qui a été suivi dans *DeBeck v. Canada Permanent Loan and Savings Co.*⁶ et *Marshall et al. v. Miles*⁷, a décidé qu'après l'obtention du jugement conditionnel de forclusion, M^{me} Dale ne pouvait plus exercer son pouvoir de vente sans permission de la Cour. Le juge de première instance a déclaré que l'acte intervenu entre Dale et Parker et Berwick était invalide et a ordonné que Dale ou d'autres personnes procèdent au renvoi prévu par le jugement conditionnel et qu'avis du renvoi soit donné à M^{me} Petranik. Il a fait certaines autres déclarations en ce qui concerne les droits de Parker et Berwick sur les sommes payées lors de la vente invalide et donna

⁵ (1903), 1 Ch. 857.

⁶ (1907), 12 B.C.R. 409 (B.C.C.A.).

⁷ (1970), 3 O.R. 394 (H. Ct.).

⁵ (1903), 1 Ch. 857.

⁶ (1907), 12 B.C.R. 409 (B.C.C.A.).

⁷ [1970] 3 O.R. 394 (H. Ct.).

dismissed both counterclaims without costs. On an appeal taken by Parker and Berwick, the Court of Appeal reversed the trial judgment and held that the sale was valid. In reasoning which I adopt, Arnup J.A. held that since the judgment *nisi* in the foreclosure action did not confer any rights on Mrs. Petranik, it did not operate to suspend Mrs. Dale's power of sale under the mortgage.

I agree with Arnup J.A. that, as a general principle, a mortgagee can pursue all the remedies available to him, concurrently or in succession. See Falconbridge, *The law of Mortgages, supra*, at pp. 687-88. There are exceptions to this principle, including that specified in what is now s. 40 of *The Mortgages Act*, R.S.O. 1970, c. 279, which provides that once a demand for payment or a notice of intention to exercise a power of sale has been given in accordance with a term of the mortgage, no other proceedings can be taken by a mortgagee without leave of the court before the time limited for payment or sale has expired. A complementary exception was formulated by Farwell J. in *Stevens v. Theatres, Limited, supra*. In that case a mortgagee had brought foreclosure proceedings and a judgment *nisi* had directed that accounts be taken and that the property be reconveyed to the mortgagor on payment of what was found owing. Without proceeding to accounts, the mortgagee sold the property under power of sale in the mortgage. Farwell J. held that the mortgagee was not entitled to sell since the judgment *nisi*, which directed reconveyance on payment, operated for the benefit of the mortgagor as well as the mortgagee. In these circumstances, the mortgagee could not get rid of his action *mero motu* after judgment and could not vary the form of that judgment by doing an act which would put it out of his power to perform that which the Court had directed him to do as a condition of getting the judgment (at pp. 860-61). As Arnup J.A. points out, the essence of this holding is concisely stated at p. 862 where

des instructions sur la façon dont les comptes devaient être dressés à l'occasion du renvoi. Il a rejeté les deux demandes reconventionnelles sans frais. Sur appel de Parker et Berwick, la Cour d'appel a renversé le jugement de première instance et jugé que la vente était valide. Pour des motifs que j'approuve, le juge Arnup a décidé que, puisque le jugement conditionnel de forclusion ne conférait aucun droit à M^{me} Petranik, il n'avait pas pour effet de suspendre le pouvoir de vente que M^{me} Dale possédait en vertu de l'hypothèque.

Je suis d'accord avec le juge Arnup qu'en principe, un créancier hypothécaire peut exercer tous les recours dont il dispose, concurremment ou successivement. Voir Falconbridge, *The Law of Mortgages*, précité, aux pp. 687 et 688. Il existe des exceptions à ce principe, notamment celle qui est prévue à l'actuel art. 40 de *The Mortgages Act*, R.S.O. 1970, c. 279, en vertu duquel une fois qu'une demande de paiement a été faite ou un avis d'intention d'exercer un pouvoir de vente adressé conformément à une clause hypothécaire, aucune autre procédure ne peut être intentée par un créancier hypothécaire sans autorisation judiciaire avant l'expiration du délai prescrit pour le paiement ou la vente. Une exception complémentaire a été formulée par le juge Farwell dans *Stevens v. Theatres, Limited*, précitée. Dans cette affaire, un créancier hypothécaire avait intenté une action en forclusion et un jugement conditionnel avait ordonné l'établissement des comptes et la rétrocession de l'immeuble au débiteur sur paiement de ce qui serait trouvé dû. Sans faire procéder aux comptes, le créancier hypothécaire avait vendu la propriété en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque. Le juge Farwell décida que le créancier hypothécaire n'avait pas le droit de vendre puisque le jugement conditionnel, qui ordonnait la rétrocession sur paiement de la dette, jouait autant en faveur du débiteur hypothécaire que du créancier hypothécaire. Dans ces conditions, le créancier hypothécaire ne pouvait se défaire de son action *mero motu* après jugement et il ne pouvait modifier la forme de ce jugement en accomplissant un acte qui se situerait en dehors de son pouvoir d'exécuter ce que la Cour lui avait ordonné de faire comme condition d'obtention du jugement (aux pp. 860 et 861). Comme le juge Arnup le

Farwell J. said:

I hold, therefore, that the power of sale cannot be exercised after the judgment nisi without the leave of the Court, because it prejudices the rights given to the mortgagor under the direction to reconvey.

Farwell J. went on to hold that the power of sale is suspended after judgment nisi rather than extinguished and that, accordingly, if the property had been bought by a purchaser for value without notice, he could get a good title under the sale. As Arnup J.A. correctly states, at p. 224, Farwell J. did not suggest that, apart from the terms of the judgment, the mortgagee would be prohibited by law (i.e. in equity) from exercising the power of sale. He was entitled to pursue all his remedies concurrently. The ratio of *Stevens v. Theatres, Limited*, supra, is accurately stated by Falconbridge, *The Law of Mortgages*, supra, at p. 888:

... a mortgagee cannot, after the usual order nisi for foreclosure and before the foreclosure is made absolute, exercise his power of sale without the leave of the court, because a sale would prejudice the rights given to the mortgagor by the Court under the direction in the judgment for reconveyance on payment, but the power of sale is suspended only, not extinguished, and a purchaser in good faith without notice may get a good title.

In the case at bar, the purchasers, through their solicitor, had notice of the foreclosure judgment when they purchased the property. Whether they have good title thus depends on whether the sale prejudiced rights conferred on the mortgagor by the judgment.

It is a well-established principle, embodied in the Rules of Practice, that where a mortgagor desires an opportunity to redeem his property after default, a court of equity will exercise its discretion to enable him to do so, unless his conduct has been such that it would be inequitable to grant the relief he claims. In exercising its equitable jurisdiction a court will protect a mortgagor from harsh or

souligne, l'essence de cette décision se trouve exprimée avec concision à la p. 862, où le juge Farwell déclare:

[TRADUCTION] Je suis donc d'avis que le pouvoir de vente ne peut être exercé après le jugement conditionnel sans la permission de la cour, parce qu'il porte atteinte aux droits conférés au débiteur hypothécaire en vertu de l'ordonnance de rétrocession.

Le juge Farwell a ensuite décidé que le pouvoir de vente est suspendu plutôt qu'éteint après le jugement conditionnel et qu'en conséquence, si la propriété avait été achetée par un acquéreur à titre onéreux ignorant le jugement, la vente pouvait conférer un titre régulier à l'acheteur. Comme l'expose avec raison le juge Arnup, à la p. 224, le juge Farwell n'a pas laissé entendre que, les clauses du jugement mises à part, le créancier hypothécaire serait empêché en droit (c.-à-d. en equity) d'exercer le pouvoir de vente. Il avait le droit d'exercer tous ses recours concurremment. Le motif déterminant dans *Stevens v. Theatres, Limited*, précité, est exposé avec exactitude par Falconbridge, *The Law of Mortgages*, précité, à la p. 888:

[TRADUCTION] ... un créancier hypothécaire ne peut, après l'ordonnance conditionnelle habituelle de forclusion et avant qu'elle ne soit devenue définitive, exercer son pouvoir de vente sans la permission de la cour, parce qu'une vente porterait atteinte aux droits que la cour a conférés au débiteur en ordonnant dans son jugement la rétrocession sur paiement de la dette, mais le pouvoir de vente est seulement suspendu; il n'est pas éteint et un acheteur de bonne foi qui n'aurait pas eu connaissance du jugement pourrait acquérir un titre régulier.

Dans la présente espèce, les acheteurs, par l'intermédiaire de leur avocat, avaient connaissance du jugement de forclusion quand ils ont acheté la propriété. La régularité de leur titre de propriété dépend donc du point de savoir si la vente portait atteinte à des droits conférés à la débitrice hypothécaire par le jugement.

C'est un principe bien établi, incorporé dans les Règles de pratique, que lorsqu'un débiteur hypothécaire désire avoir une occasion de racheter son immeuble après défaut, une cour d'equity exercera son pouvoir discrétionnaire de façon à le lui permettre, à moins qu'il ne se soit conduit de façon telle qu'il serait inéquitable de lui accorder le remède qu'il réclame. En exerçant sa juridiction

oppressive action by a mortgagee, and when a court has ordered that a mortgagor be given an opportunity to redeem, a mortgagee will not be allowed to circumvent this relief by selling the property under power of sale in the mortgage. Even where there has been no judgment conferring the right to redeem, a court will prevent a sale where the mortgagor genuinely desires to redeem: *Marshall et al. v. Miles, supra*. However, as Arnup J.A. points out, as a result of amendments to the Rules of Practice in 1941, a mortgagor in Ontario did not have an automatic right to redeem. On receipt of a writ in a foreclosure action he must file a notice desiring an opportunity to redeem, or, if he fails to file the notice, appeal to the court to exercise its equitable jurisdiction to allow him to redeem. If the mortgagor fails to take either of these steps, and the judgment *nisi* in the foreclosure action confers on the mortgagor no right to redeem or to obtain a reconveyance on payment of the amounts found owing, the mortgagor is not prejudiced by a sale of the property for a fair price under power of sale prior to a final order of foreclosure.

The only right of the mortgagor which is shortened by the sale is that accorded by Rule 491 (formerly R. 485) which enables the defendant in a foreclosure action to stay proceedings by paying the amount due for principal, interest and costs before the final order of foreclosure. The length of time available to the mortgagor in which to make such a payment depends on whether anyone with an interest in the equity of redemption claims an opportunity to redeem. As a practical matter, it is highly unlikely that any of the encumbrancers would have claimed this opportunity in this case since the value of the property did not exceed the amounts owing on the prior mortgages. There was no evidence that the sale price of the house, \$25,500, was not a fair price in 1962 for a property on the outskirts of a metropolitan area, serviced by a well and septic tank. In any event, it is clear that Mrs. Petranik was not in a position to

d'equity, la cour protégera le débiteur hypothécaire contre toute action abusive ou accablante du créancier hypothécaire. Quand elle aura ordonné qu'une occasion de racheter soit donnée au débiteur, il ne sera pas permis au créancier hypothécaire de faire échec au remède accordé en vendant la propriété en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque. Alors même qu'aucun jugement n'a accordé de droit de rachat, la cour empêchera la vente si le débiteur désire sincèrement procéder au rachat: *Marshall et al. v. Miles*, précité. Toutefois, comme le souligne le juge Arnup, les modifications apportées aux Règles de pratique en 1941 ont eu pour résultat que le débiteur hypothécaire n'a pas en Ontario un droit automatique de rachat. Sur réception d'un bref d'action en forclusion, il doit déposer un avis exprimant son désir d'avoir l'occasion de racheter ou, s'il omet de déposer l'avis, il doit demander à la cour d'exercer sa juridiction *d'equity* pour l'autoriser à racheter. Si le débiteur hypothécaire omet de prendre l'une ou l'autre de ces mesures et si le jugement conditionnel de forclusion ne lui confère aucun droit de rachat ni droit d'obtenir la rétrocession du bien sur paiement des montants trouvés dus, ses droits ne sont pas atteints par la vente de l'immeuble à un juste prix en vertu du pouvoir de vente avant l'ordonnance finale de forclusion.

Le seul droit du débiteur hypothécaire qui soit diminué par la vente est celui qui est accordé par la règle 491 (anciennement R. 485) qui permet au défendeur à une action en forclusion d'arrêter les procédures en payant le montant dû en capital, intérêts et frais avant l'ordonnance finale de forclusion. Le temps dont dispose le débiteur hypothécaire pour procéder au paiement dépend du point de savoir si quelqu'un ayant un droit de rachat demande d'avoir l'occasion de le faire. En pratique, il est très improbable que l'un quelconque des créanciers l'aurait demandé en l'espèce, puisque la valeur de la propriété ne dépassait pas les montants dus en vertu des hypothèques antérieures. Il n'existe aucune preuve que le prix de vente de la maison, soit \$25,500, n'était pas un juste prix en 1962, pour une propriété située aux abords d'une grande agglomération et équipée d'un puits et d'une fosse septique. En tout cas, il

take advantage of Rule 491 and does not allege that she was prevented from doing so.

It is true that the sale under power of sale could have prevented the subsequent encumbrancers from claiming in the reference and exercising a power to redeem. It was not until 1964 that *The Mortgages Act*, now s. 31 of R.S.O. 1970, c. 279, prevented such prejudice to subsequent encumbrancers by requiring that they be given notice of any sale under power, and not until 1969 that the Rules gave subsequent encumbrancers the same opportunity to redeem as is given to mortgagors. As already noted, however, it seems clear that the subsequent encumbrancers in this case would not have exercised a right to redeem the property, and they have not complained that they were precluded from doing so. Even if their rights were prejudiced, that does not provide grounds for a claim by Mrs. Petranik.

Mrs. Petranik was in default under the mortgages, and the property was completely pledged to or claimed by others. When foreclosure proceedings were instituted, Mrs. Petranik was not able nor did she indicate a desire to redeem the property. The judgment *nisi* in the foreclosure action effectively foreclosed her equity of redemption and directed a reference with respect to the interests of subsequent encumbrancers. Without proceeding with this reference, the second mortgagee sold the property under power of sale for a fair price which was sufficient to pay out the first mortgage, costs incurred and half of the second mortgage. The second mortgagee has not sued for the remainder owing except by way of counterclaim in this action which was not forcefully pursued. Looking at the situation as it existed in 1962 when this cause of action arose, it is difficult to see how Mrs. Petranik has been prejudiced. The property has now appreciated greatly and Mrs. Petranik may now be in a position to redeem, but there are no grounds to justify setting aside the sale which took place in 1962. The mortgagee was entitled to pursue alternative remedies. The fact that she had obtained judgment *nisi* in a foreclosure action did

est claire que M^{me} Petranik n'était pas en position de se prévaloir de la règle 491 et elle n'allègue pas qu'on l'en ait empêchée.

Il est vrai que la vente en vertu du pouvoir de vente aurait pu empêcher les créanciers subséquents de produire leurs créances lors du renvoi et d'exercer une faculté de rachat. Ce n'est qu'en 1964 que *The Mortgages Act*, art. 31 actuel, R.S.O. 1970, c. 279, a empêché que les créanciers subséquents soient ainsi frustrés de leurs droits, en exigeant qu'ils soient avisés de tout exercice du pouvoir de vente et ce n'est qu'en 1969 que les Règles de pratique ont donné aux créanciers subséquents la même occasion de racheter que celle qui est donnée aux débiteurs hypothécaires. Comme on l'a déjà souligné toutefois, il semble clair que les créanciers subséquents n'auraient pas exercé en l'espèce leur droit de racheter la propriété et ils ne se sont pas plaints d'en avoir été empêchés. Quand bien même il aurait été porté atteinte à leurs droits, la demande de M^{me} Petranik ne s'en trouve pas mieux fondée pour autant.

M^{me} Petranik avait cessé ses paiements hypothécaires et l'immeuble était complètement obéré. Au moment où les procédures de forclusion ont été intentées, M^{me} Petranik n'était pas à même de racheter la propriété et elle n'en a pas manifesté le désir. Le jugement conditionnel de forclusion a effectivement forclus son droit de rachat et ordonné un renvoi quant aux droits des créanciers subséquents. Sans faire procéder à ce renvoi, la seconde créancière hypothécaire a vendu la propriété en vertu de son pouvoir de vente à un juste prix qui a permis de rembourser la première hypothèque, les frais engagés et la moitié de la seconde hypothèque. La seconde créancière hypothécaire n'a pas poursuivi pour le solde, sauf par voie de demande reconventionnelle dans la présente action, demande qui n'a pas été poussée plus avant. Si l'on considère la situation qui existait en 1962 lorsque la cause d'action a pris naissance, il est difficile de découvrir le préjudice qu'a subi M^{me} Petranik. La propriété a pris maintenant beaucoup de valeur et il se peut que M^{me} Petranik soit maintenant à même de la racheter, mais rien ne justifie l'annulation de la vente intervenue en 1962. La créancière hypothécaire avait plusieurs moyens

not preclude her from exercising her power of sale under the mortgage since the sale did not prejudice any rights asserted by or accorded to Mrs. Petranik in the foreclosure proceeding.

I agree completely with the reasons delivered in the Court of Appeal. I would dismiss the appeal with costs.

RITCHIE J. (*dissenting*)—Like my brother Judson, I agree with the reasons for judgment delivered by Mr. Justice Arnup on behalf of the Court of Appeal for Ontario and would dismiss this appeal with costs.

DICKSON J.—I would allow this appeal. In my view, Mrs. Petranik's equity of redemption in the subject property was not extinguished by either the foreclosure proceedings commenced by Mrs. Dale but not completed, or by the purported exercise of the power of sale contained in the mortgage. An equity of redemption is a right of property. Holdsworth (*A History of English Law*, vol. VI, at p. 663) says:

We have seen that the relief given by equity to the mortgagor originally depended on principles similar to those which underlay the relief given in cases of the breach of a condition, and in cases of penalties; but that, the regularity with which this relief was given, had altered its basis, and caused it to depend, not upon the existence of any supposed hardship, but upon a right belonging as of course to a mortgagor. The result had been to make the mortgagor's equity to redeem a right of property. He had an equitable estate in the land; and, subject to the legal rights of the mortgagee, was, in equity, regarded as its owner.

In *Casborne v. Scarfe*⁸ at p. 604-5, Lord Hardwicke said:

First, an equity of redemption has always been considered as an estate in the land, for it may be devised, granted, or entailed with remainders, and such entail and remainders may be barred by a fine and recovery, and therefore cannot be considered as a mere right only but such an estate whereof there may be seisin; the

⁸ (1737), 1 Atk. 603.

à sa disposition. Le fait qu'elle ait obtenu un jugement conditionnel de forclusion ne l'empêchait pas d'exercer son pouvoir de vente attaché à l'hypothèque puisque la vente ne portait atteinte à aucun droit reconnu ou conféré à M^{me} Petranik lors des procédures de forclusion.

Je suis en complet accord avec les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel. Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—Comme mon collègue Judson, je suis d'accord avec les motifs du jugement rendu par le juge Arnup au nom de la Cour d'appel de l'Ontario et je rejetterais ce pourvoi avec dépens.

LE JUGE DICKSON—Je suis d'avis d'accueillir ce pourvoi. A mon avis, le droit que M^{me} Petranik avait en *equity* de racheter la propriété litigieuse n'a été éteint ni par les procédures de forclusion que M^{me} Dale a entamées sans les mener à terme, ni par le prétendu exercice du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque. Un droit de rachat est un droit réel. Holdsworth (*A History of English Law*, vol. VI, p. 663) écrit:

[TRADUCTION] Nous avons vu que le recours que l'*equity* accordait au débiteur hypothécaire dépendait à l'origine de principes semblables à ceux qui sous-tendaient le recours accordé dans les cas de violation d'une condition et dans les cas de clauses pénales, mais que la régularité avec laquelle ce recours était accordé avait modifié son fondement et l'avait amené à dépendre non plus de l'existence de quelque grave iniquité supposée mais d'un droit appartenant, comme allant de soi, au débiteur hypothécaire. Le résultat avait été la transformation du privilège de rachat du débiteur hypothécaire en droit réel. Le débiteur avait un droit de tenure en *equity* sur le biens-fonds et il en était considéré, en *equity*, comme le propriétaire, sous réserve des droits que la *common law* donnait au créancier hypothécaire.

Dans *Casborne v. Scarfe*⁸, aux pp. 604-605, lord Hardwicke déclarait:

[TRADUCTION] En premier lieu, un droit de rachat a toujours été considéré comme droit de tenure sur le bien-fonds, car il peut être légué, donné ou grevé de substitutions auxquelles on peut faire échec par amiable composition et recouvrement, et il ne peut donc être considéré comme un simple droit mais comme un droit

⁸ (1737), 1 Atk. 603.

person therefore intitled to the equity of redemption is considered as the owner of the land, and a mortgage in fee is considered as personal assets.

In *Burgess v. Wheats*⁹, at p. 225, Lord Mansfield said:

In the eye of this court Lord Hardwicke thought the equity of redemption is the fee simple of the land.

In *Heath v. Pugh*¹⁰, at p. 360, Lord Chancellor Selborne said that it was sufficient to quote the above passage on the point, and in *Tarn v. Turner*¹¹, at p. 460, Mr. Justice Kekewich said:

The Court having decided that the mortgagor has that right to redeem, construes it as really an estate in the land. It is not a legal estate, but what is termed an equitable estate—as much an interest in the land as the real fee simple. It is a fee simple subject to a charge, and is vulgarly styled in legal language the equity of redemption.

An equity of redemption is an equitable estate, which can be sold or quit claimed, and which cannot be clogged or fettered.

In the case at bar, Mrs. Dale commenced a foreclosure action for the purpose of extinguishing the interest which, as owner of the equity of redemption, Mrs. Petranik held in the lands mortgaged to Mrs. Dale. Mrs. Dale issued a specially endorsed writ against Mrs. Petranik in the usual form of a writ of foreclosure. The prayer for relief stated that the plaintiff's claim was on the mortgage and continued with notice of a claim of entitlement to immediate possession and a claim for \$5,000 principal money and interest. The prayer for relief also gave notice that:

... judgment for immediate foreclosure of your interest in the mortgaged premises may be entered unless you desire an opportunity to redeem the mortgaged premises and before the expiration of the time allowed you for

de tenure dont il peut y avoir saisine. La personne titulaire du droit de rachat est donc considérée comme propriétaire du bien-fonds et une hypothèque en fief est considérée comme des biens meubles.

Dans *Burgess v. Wheats*⁹, à la p. 225, lord Mansfield déclarait:

[TRADUCTION] De l'avis de cette cour, lord Hardwicke pensait que le droit de rachat est le droit de propriété absolue du bien-fonds.

Dans *Heath v. Pugh*¹⁰, à la p. 360, le lord chancelier Selborne a déclaré qu'il suffisait, sur ce point, de citer le passage ci-dessus, et dans *Tarn v. Turner*¹¹, à la p. 460, le juge Kekewich déclarait:

[TRADUCTION] Ayant décidé que le débiteur hypothécaire a le droit de racheter, la Cour voit celui-ci comme un véritable droit de tenure sur le bien-fonds. Ce n'est pas un droit de tenure légale, mais ce que l'on appelle un droit de tenure en *equity*—un droit réel tout autant que l'est le véritable droit de propriété absolue. C'est un droit de propriété absolue grevée d'une charge, que l'on appelle communément droit de rachat dans le langage juridique.

Un droit de rachat est un droit de tenure en *equity*, qui peut être vendu ou faire l'objet d'une renonciation et que rien ne peut entraver.

En l'espèce, M^{me} Dale a intenté une action en forclusion dans le but d'éteindre le droit que, en tant que propriétaire du droit de rachat, M^{me} Petranik détenait sur le bien-fonds hypothéqué en faveur de M^{me} Dale. M^{me} Dale a fait délivrer un bref à endossement spécial contre M^{me} Petranik en la forme habituelle d'un bref de forclusion. La demande de redressement exposait que la réclamation de la demanderesse portait sur l'hypothèque et se poursuivait avec un avis par lequel la demanderesse entendait se faire reconnaître le droit à la possession immédiate et réclamait le remboursement d'un capital de \$5,000, avec les intérêts. La demande de redressement donnait également avis que:

[TRADUCTION] ... jugement de forclusion immédiate de vos droits sur les lieux hypothéqués peut être inscrit à moins que vous ne désiriez avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués et qu'avant l'expiration du temps

⁹ (1759) 1 Eden. 177.

¹⁰ (1881), 6 Q.B.D. 345.

¹¹ (1888), 39 Ch. D. 456.

⁹ (1759), 1 Eden 177.

¹⁰ (1881), 6 Q.B.D. 345.

¹¹ (1888), 39 Ch. D. 456.

appearance you do file in the office within named and serve a memorandum in writing entitled in this action and signed by yourself or your solicitor to the following effect: 'I desire an opportunity to redeem the mortgaged premises', and give an address for service, in which case you will be entitled to four days' notice of the taking of the account of the amount due to the plaintiff and in default of payment of the amount found due within six calendar months from the time of taking of the account and the drawing up of the judgment your interest in the mortgaged premises may be foreclosed.

Rule 465 (formerly Rule 460A) of the *Ontario Annual Practice* 1962 provided:

465. Where a defendant by writ in an action for foreclosure or sale desires an opportunity to redeem the mortgaged premises but does not otherwise desire to defend the action, he shall, within the time allowed for appearance, file and serve a memorandum entitled in the action to the following effect: 'I desire an opportunity to redeem the mortgaged premises', whereupon he is entitled to four days' notice of the taking of the account of the amount due to the plaintiff and has six calendar months from the time of the taking of the account to redeem the mortgaged premises.

Rule 472 (1) and (2) (formerly Rule 467 (1) and (2)) then goes on to provide:

472. (1) In an action for foreclosure or sale where the writ has been duly endorsed and the defendant fails to appear or fails to file a notice that he desires an opportunity to redeem the mortgaged premises, the plaintiff may sign judgment for immediate sale or for immediate foreclosure unless a reference is desired as to encumbrancers (Form 104).

(2) If a reference is desired as to encumbrancers, the plaintiff is entitled to judgment with a reference, and, if no encumbrancer, shall prove any claim the Master so certifies, and, upon confirmation of the Master's report, a final order of sale or of foreclosure shall be made.

Form 104, referred to above, is of particular interest. It reads:

FORM 104

Form of Judgment on Praeceptum for Immediate Foreclosure or Sale and Orders for Immediate Payment and Delivery of Possession
(Rule 472)

qui vous est accordé pour comparaître, vous ne déposiez au bureau désigné dans les présentes et ne signifiez une note écrite, portant l'intitulé de l'action, signée par vous-même ou votre avocat et ayant la teneur suivante: «Je désire avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués» et ne donniez une adresse en vue des significations, auquel cas vous aurez droit à un avis de quatre jours de l'établissement du compte du montant dû à la demanderesse et à défaut de paiement du montant trouvé dû dans les six mois à compter de la date d'établissement du compte et de la rédaction du jugement, vos droits sur les lieux hypothéqués peuvent être forclos.

La règle 465 (ancienne règle 460A) de l'*Ontario Annual Practice* de 1962 prévoit que:

[TRADUCTION] 465. Le défendeur à une action en forclusion ou vente forcée qui désire avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués mais ne désire pas présenter d'autre défense à l'action, doit, dans le délai de comparution, déposer et signifier une note portant l'intitulé de l'action et ayant la teneur suivante: «Je désire avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués», sur quoi il aura droit à un avis de quatre jours de l'établissement du compte du montant dû au demandeur et aura six mois à compter de cet établissement pour racheter les lieux hypothéqués.

Le règle 472(1) et (2) (ancienne règle 467(1) et (2)) prévoit en outre que:

[TRADUCTION] 472. (1) Lorsque dans une action en forclusion ou vente forcée, le bref a été régulièrement signifié et que le défendeur fait défaut de comparaître ou de déposer un avis de son désir d'avoir une occasion de racheter les lieux hypothéqués, le demandeur peut obtenir un jugement de vente immédiate ou de forclusion immédiate à moins qu'un renvoi concernant les créanciers ne soit désiré (Formule 104).

(2) Si un renvoi concernant les créanciers est désiré, le demandeur a droit à un jugement avec renvoi et, s'il n'y a pas de créancier, doit prouver toute créance que le *Master* certifie ainsi, et, sur confirmation du rapport du *Master*, une ordonnance définitive de vente ou de forclusion doit être prononcée.

La formule 104, mentionnée ci-dessus, est particulièrement intéressante. Elle se lit ainsi:

[TRADUCTION] FORMULE 104

Formule de jugement sur réquisition écrite de forclusion immédiate ou de vente et d'ordonnances de paiement immédiat et de mise en possession
(Règle 472)

Upon reading the writ of summons issued in this action, and an affidavit of service of the said writ and no appearance having been entered and no notice that the defendant desires an opportunity to redeem the mortgaged premises having been filed:

1. It is ordered and adjudged (*Where judgment is for foreclosure after 'adjudged', add: 'that the said defendant do stand absolutely debarred and foreclosed of and from all right, title and equity of redemption of, in and to the mortgaged premises', where judgment is for sale, then after the word 'adjudged', add 'that the said premises be sold, with the approbation of the Master, at.....'*).

2. (*If judgment is for foreclosure omit this clause.*) And it is further ordered and adjudged that the purchasers do pay their purchase money into Court to the credit of this action and that the same when so paid in be applied in payment of what is found to be due to the said plaintiff for principal money, interest and costs as computed and taxed by the said Master, and that the balance do abide the further order of the Court.

3. (*Where judgment is for immediate payment, add: And it is further ordered and adjudged that the defendant.....do forthwith pay to the plaintiff the sum of.....being the amount due to him at the date hereof for principal money, interest and costs.*)

4. (*Where judgment is for recovery of possession, add: And it is further ordered and adjudged that the defendant.....do forthwith deliver to the plaintiff.....or to whom he may appoint, possession of the mortgaged premises, or of such part thereof as may be in the possession of the said defendant.*)

Mrs. Petranik failed to appear and failed to give a notice that she desired an opportunity to redeem the mortgaged premises. Judgment was signed directing a reference and ordering Mrs. Petranik to deliver up possession of the property. A draft judgment was presented in the following form:

JUDGMENT

Friday, the 23rd day of March, 1962.

UPON reading the Writ of Summons issued in this action, and affidavit of service of the said writ and no appearance having been entered and no notice that the defendant desires an opportunity to redeem the mortgaged premises having been filed;

1. IT IS ORDERED AND ADJUDGED that all necessary enquiries be made, accounts taken, costs taxed

Vu le bref d'assignation délivré dans la présente action et l'attestation sous serment de la signification dudit bref, en l'absence de comparution et aucun avis n'ayant été déposé exprimant le désir du défendeur d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués:

1. Il est ordonné et décidé (*S'il s'agit d'un jugement de forclusion, après «décidé», ajouter: «que ledit défendeur soit absolument déchu et forcos de tout droit, titre et faculté de rachat à l'égard des lieux hypothéqués»; quand il s'agit d'un jugement de vente, après «décidé», ajouter alors: «que lesdits lieux soient vendus, avec l'approbation du Master, à.....»*).

2. (*S'il s'agit d'un jugement de forclusion, omettez cette clause.*) Et il est en outre ordonné et décidé que les acheteurs consignent leur prix d'achat à la cour au crédit de la présente action et que l'argent ainsi consigné soit affecté au paiement de ce qui est trouvé dû audit demandeur en capital, intérêts et frais tels que calculés et taxés par ledit Master et qu'il soit disposé du solde selon ordonnance ultérieure de la cour.

3. (*S'il s'agit d'un jugement de paiement immédiat, ajouter: Et il est en outre ordonné et décidé que le défendeur.....paye immédiatement au demandeur la somme de.....représentant ce qui lui est dû à cette date en capital, intérêts et frais.*)

4. (*S'il s'agit d'un jugement de mise en possession, ajouter: Et il est en outre ordonné et décidé que le défendeur.....mette immédiatement le demandeur....., ou la personne qu'il peut désigner, en possession des lieux hypothéqués ou de toute partie de ceux-ci qui peut être en la possession dudit défendeur.*)

M^{me} Petranik n'a pas comparu et n'a pas donné d'avis de son désir d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués. Jugement a été rendu ordonnant un renvoi et ordonnant à M^{me} Petranik de remettre la propriété. Le projet de jugement se présentait sous la forme suivante:

[TRADUCTION] JUGEMENT

le vendredi 23 mars 1962

VU le bref d'assignation délivré dans la présente action et l'attestation sous serment de la signification dudit bref, en l'absence de comparution et aucun avis n'ayant été déposé exprimant le désir de la défenderesse d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués;

1. IL EST ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que toutes les recherches nécessaires soient faites, les comptes dressés,

and proceedings had for redemption or foreclosure and that for these purposes this cause be referred to the Master at the City of Toronto.

2. AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith after making of the Master's report pay to the plaintiff what shall be found due her for principal money, interest and costs at the date of the said report and upon payment of the amount due to her that (subject to the provision of section 2 of The Mortgages Act) the plaintiff do assign and convey the mortgaged premises, and deliver up all documents relating thereto.

3. AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith deliver to the plaintiff, or to whom she may appoint, possession of the lands and premises in question in this cause, or of such part thereof as may be in the possession of the said defendant.

At the time of signing the judgment, the paragraph numbered "2" was struck out and the remaining paragraphs renumbered "I" and "II".

The first thing to observe about the judgment is that it is not a judgment for immediate foreclosure. Form 104 states that where judgment is for immediate foreclosure the order shall state "that the said defendant do stand absolutely debarred and foreclosed of and from all right, title and equity of redemption of, in and to the mortgaged premises". The form of the judgment which was entered contains no such language. Paragraph II of the judgment as entered directs the delivery of possession but in no way affects the equity of redemption. The taking of possession by a mortgagee does not extinguish the right of the mortgagor to redeem the mortgaged premises. If the judgment as signed had contained the paragraph numbered "2" in the draft, the case would without doubt fall within *Stevens v. Theatres, Limited*¹², but I do not think the question whether Mrs. Petranik retains an equity of redemption in the subject property depends upon the presence or absence of the expunged paragraph in the judgment entered. The crucial issue in this appeal is whether the estate or interest owned by Mrs. Petranik in the mortgaged land was extinguished and if so, when and in what manner. The judgment

¹² [1903] 1 Ch. 857.

les frais taxés et les mesures prises en vue de rachat ou de forclusion et qu'à ces fins la présente cause soit renvoyée au *Master* en la ville de Toronto.

2. ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que, après dépôt du rapport du *Master*, la défenderesse paye immédiatement à la demanderesse ce qui lui sera trouvé dû en capital, intérêts et frais à la date dudit rapport et, sur paiement du montant qui lui est dû, que (sous réserve des dispositions de l'article 2 de *The Mortgages Act*) la demanderesse rétrocède les lieux hypothéqués et rende tous documents les concernant.

3. ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que la défenderesse mette immédiatement la demanderesse, ou la personne qu'elle peut désigner, en possession des biens-fonds et lieux en question dans la présente cause ou de toute partie de ceux-ci qui peuvent être en possession de ladite défenderesse.

Au moment de rendre le jugement, le paragraphe numéroté «2» a été biffé et les paragraphes restants ont été renumérotés «I» et «II».

La première chose à souligner à propos de ce jugement, c'est qu'il ne s'agit pas d'un jugement de forclusion immédiate. La formule 104 dispose que, lorsqu'il s'agit d'un jugement de forclusion immédiate, l'ordonnance doit indiquer [TRADUCTION] «que ledit défendeur soit absolument déchu et forclos de tout droit, titre et faculté de rachat à l'égard des lieux hypothéqués». La formulation du jugement rendu ne contient rien de tel. Le paragraphe II du jugement rendu ordonne la mise en possession, mais ne touche aucunement au droit de rachat. La prise de possession par un créancier hypothécaire n'éteint pas le droit du débiteur de racheter les lieux hypothéqués. Si le jugement rendu contenait le paragraphe numéroté «2» dans le projet, nul doute que la cause aurait relevé de *Stevens v. Theatres, Limited*¹², mais je ne pense pas que la question de savoir si M^{me} Petranik conserve un droit de rachat sur la propriété litigieuse dépende de la présence ou de l'absence du paragraphe supprimé dans le jugement rendu. La question cruciale dans le présent pourvoi est de savoir si la tenure ou droit réel de M^{me} Petranik sur le bien-fonds hypothéqué a été éteint et, dans l'affirmative, quant et comment. Le jugement

¹² [1903] 1 Ch. 857.

which was entered did not, nor did it purport to, extinguish that interest. Neither was that interest extinguished by Mrs. Petranik's failure to appear or her failure to give a notice that she desired an opportunity to redeem the mortgaged premises. The passage of Rule 460A and the amendment of Rule 467 (the forerunner of Rule 472), effected a major change in foreclosure practice and procedure in Ontario by authorizing the signing of final judgment for immediate foreclosure unless the defendant filed a memorandum stating that he wished to redeem the property in question. This altered the earlier practice which required the plaintiff to sign interlocutory, not final, judgment. That is the effect of the change. I do not think it can be said that Mrs. Petranik's failure to file such a memorandum extinguished her equity of redemption. The Rule does not say that such is the effect and I very much doubt that ownership of an estate in land can be swept away by a rule of practice. Rules of practice do not prevail over equitable estates. Counsel for the respondent Mrs. Dale, early in his argument submitted that the effect of the amendment to the Rules was to extinguish the right of the mortgagor to redeem upon failure to file a request for an opportunity to redeem. Before his argument concluded, however, he had altered his position and conceded that an attenuated right of redemption continued. I think the concession is correct. The judgment was not an order absolute. An equity of redemption is so intense that even after an order absolute the court on occasion has given the mortgagor the right to redeem: *Campbell v. Holyland*¹³.

The Rules gave Mrs. Dale the right to enter judgment immediately for final order of foreclosure upon failure of Mrs. Petranik to appear or to give notice. Mrs. Dale did not avail herself of the opportunity to enter final judgment against Mrs. Petranik. She obtained an order for a reference because, no doubt, there were subsequent encumbrances, but whatever may have been her reason, Mrs. Dale obtained a judgment which left unextinguished Mrs. Petranik's equitable estate in the

rendu n'a pas éteint et n'avait d'ailleurs pas pour objet d'éteindre ce droit. Pas davantage ce droit n'a-t-il été éteint par le défaut de comparaître de M^{me} Petranik ou son défaut de donner avis de son désir d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués. L'adoption de la règle 460A et la modification de la règle 467 (précurseur de la règle 472) ont opéré un changement majeur dans les procédures de forclusion en Ontario en autorisant le prononcé d'un jugement final de forclusion immédiate à moins que le défendeur ne dépose un mémoire indiquant son désir de racheter la propriété en question. Cela modifie la pratique antérieure qui obligeait le demandeur à obtenir un jugement interlocutoire et non pas final. Telle est la portée du changement. Je ne pense pas que l'on puisse dire que le défaut de M^{me} Petranik de déposer pareil mémoire a éteint son droit de rachat. La règle ne déclare pas que tel est son effet et je doute fort que la propriété d'un droit de tenure sur un bien-fonds puisse être écartée par une règle de pratique. Les Règles de pratique ne l'emportent pas sur les droits de tenure en *equity*. Au début de sa plaidoirie, le procureur de la défenderesse M^{me} Dale a prétendu que la modification apportée aux règles avait pour effet d'éteindre le droit de rachat du débiteur hypothécaire qui omet de demander une occasion de racheter. Il a toutefois modifié sa position avant de conclure sa plaidoirie et concédé qu'il subsistait un droit de rachat atténué. Je pense que cette concession est correcte. Le jugement n'était pas une ordonnance définitive. Le droit de rachat est si fort que, même après une ordonnance définitive, il est parfois arrivé aux tribunaux d'accorder au débiteur hypothécaire le droit de racheter: *Campbell v. Holyland*¹³.

Les règles donnaient à M^{me} Dale le droit d'obtenir immédiatement un jugement final ordonnant la forclusion sur défaut de comparution ou de donner avis de M^{me} Petranik. M^{me} Dale ne s'est pas prévalu de sa faculté d'obtenir un jugement final contre cette dernière. Elle a obtenu une ordonnance de renvoi. Sans doute était-ce parce qu'il existait des créanciers subséquents mais, quelles qu'aient pu être ses raisons, M^{me} Dale a obtenu un jugement qui n'éteignait pas le droit de tenure en *equity* de

¹³ [1877] 7 Ch. D. 166.

¹³ [1877] 7 Ch. D. 166.

land. Mrs. Dale did not proceed with the reference before the Master; instead, she sold the property to Mr. Parker and Mr. Berwick, purporting to act under the power of sale contained in the mortgage. So far as giving notice of exercising power of sale to Mrs. Petranik, the trial judge, Moorhouse J., had this to say:

The sale was carried out with little if any notice, it being now alleged Helga [Mrs. Petranik] had abandoned the property, sale was purported to be made without notice.

It is contended that Mrs. Dale was entitled to pursue all remedies available to her, concurrently or in succession. Whether this is so in the present case depends, I think, upon the effect to be given to paragraph "I" of the judgment entered on behalf of Mrs. Dale which, it will be recalled, reads:

I. IT IS ORDERED AND ADJUDGED that all necessary enquiries be made, accounts taken, costs taxed and proceedings had for redemption or foreclosure and that for these purposes this cause be referred to the Master at the City of Toronto.

The form of judgment entered on behalf of Mrs. Dale should be read against the form appearing in Marriott, *Practice in Mortgage Actions in Ontario* (2nd. ed.) (1955) at p. 322 which I would like to set out in full:

FORM 20
(Form 96, C.R.)

Form of Judgment on Praecipe for Foreclosure with Reference as to Encumbrancers, etc., where the Original Defendants do not File a Notice D. O. R., and Orders for Immediate Payment and Delivery of Possession

(Court and Cause)

.....day the.....day of.....19....

Upon reading the writ of summons issued in this action, and the statement of claim (if any), and an affidavit of service of the said writ on the defendant, and no appearance having been entered, (or, and the defendant having made default in the delivery of the defence) and no notice that the defendant desires an opportunity to redeem the mortgaged premises having been filed:

1. IT IS ORDERED AND ADJUDGED that all necessary enquiries be made, accounts taken, costs taxed

M^{me} Petranik sur le bien-fonds. M^{me} Dale n'a pas fait procéder au renvoi devant le *Master*; au lieu de cela, elle a vendu la propriété à M. Parker et M. Berwick, prétendant agir en vertu du pouvoir de vente attaché à l'hypothèque. En ce qui concerne l'avis à donner à M^{me} Petranik de l'exercice du pouvoir de vente, le juge de première instance Moorhouse a fait remarquer ceci:

[TRADUCTION] La vente a été conclue avec peu ou pas d'avis, et comme il est maintenant allégué qu'Helga [M^{me} Petranik] avait abandonné la propriété, il semble qu'on ait entendu procéder à la vente sans avis.

Il est prétendu que M^{me} Dale avait le droit d'exercer tous les recours à sa disposition, concurrentement ou successivement. Le point de savoir s'il en est ainsi en l'espèce dépend, je pense, de l'effet que l'on accorde au 1^{er} paragraphe du jugement rendu en faveur de M^{me} Dale, paragraphe qui, rappelons-le, se lit comme suit:

[TRADUCTION] I. IL EST ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que toutes les recherches nécessaires soient faites, les comptes dressés, les frais taxés et les mesures prises en vue de rachat ou de forclusion et qu'à ces fins la présente cause soit renvoyée au *Master* en la ville de Toronto.

La formulation du jugement rendu en faveur de M^{me} Dale doit être rapprochée de la formule que l'on trouve dans Marriott, *Practice in Mortgage Actions in Ontario* (2^e éd.) (1955), à la p. 322, que je reproduis en entier:

[TRADUCTION] FORMULE 20
(Formule 96, R.C.)

Formule de jugement sur réquisition écrite de forclusion avec renvoi quant aux créanciers, etc., quand les défendeurs originaires n'ont pas déposé d'avis de D. O. R., et d'ordonnance de paiement immédiat et de mise en possession

(Cour et cause)

Le..... 19....

Vu le bref d'assignation délivré dans la présente action, et la déclaration (le cas échéant), et une attestation sous serment de la signification dudit bref au défendeur, en l'absence de comparution (ou, le défendeur n'ayant pas produit de défense) et aucun avis n'ayant été déposé exprimant le désir du défendeur d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués:

1. IL EST ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que toutes les recherches nécessaires soient faites, les comptes dressés,

and proceedings had for redemption or foreclosure and that for these purposes this cause be referred to the Master at.....

2. (*Where judgment is for immediate payment add:*) AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant.....do forthwith pay to the plaintiff the sum of \$.....being the amount due to him for principal money, interest and costs at the date hereof; and upon payment of the amount due to the plaintiff that (subject to the provisions of section 2 of *The Mortgages Act*) the plaintiff do assign (sic) and convey the mortgaged premises and deliver up all documents relating thereto.

2. (*Or where judgment is for the amount found due by the Master substitute this paragraph for the one above:*) AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith after making of the Master's report pay to the plaintiff what shall be found due him for principal money, interest and costs at the date of the said report and upon payment of the amount due to him that, (subject to the provision of section 2 of *The Mortgages Act*) the plaintiff do assign and convey the mortgaged premises, and deliver up all the documents relating thereto.

3. (*Where judgment is for recovery of possession add:*) AND IT IS FURTHER ORDERED AND ADJUDGED that the defendant do forthwith deliver to the plaintiff, or to whom he may appoint, possession of the lands and premises in question in this cause, or of such part thereof as may be in the possession of the said defendant.

Judgment signed this.....day of..... 19....

REGISTRAR

The following points might be noted particularly (i) that the form of judgment in the instant case adopted, practically verbatim, the language of the recital and of paragraphs "1" and "3" of Form 20; (ii) that form 20 is a Form of Judgment for Foreclosure; (iii) that it is not a judgment for immediate foreclosure but in the nature of a judgment *nisi*; (iv) that the judgment entered on behalf of Mrs. Dale does not include paragraph "2" of Form 20 ordering immediate payment.

Marriott, *supra*, says at p. 76:

In a combined action for foreclosure, possession and payment, it should be kept in mind that in reality there

les frais taxés et les mesures prises en vue de rachat ou de forclusion et qu'à ces fins la présente cause soit renvoyée au *Master* à.....

2. (*Quand il s'agit d'un jugement de paiement immédiat, ajouter:*) ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que le défendeur..... paye immédiatement au demandeur la somme de \$..... représentant le montant qui lui est dû en capital, intérêts et frais à cette date; et que, sur paiement du montant dû au demandeur (sous réserve des dispositions de l'article 2 de *The Mortgages Act*), le demandeur rétrocède les lieux hypothéqués et rende tous documents les concernant.

2. (*Ou s'il s'agit d'un jugement pour le montant établi par le Master, substituer le paragraphe suivant au précédent:*) ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que, après dépôt du rapport du *Master*, le défendeur paye immédiatement au demandeur ce qui lui sera trouvé dû en capital, intérêts et frais à la date dudit rapport et, sur paiement du montant qui lui est dû, que (sous réserve des dispositions de l'article 2 de *The Mortgages Act*) le demandeur rétrocède les lieux hypothéqués et rende tous documents les concernant.

3. (*S'il s'agit d'un jugement de mise en possession, ajouter:*) ET IL EST EN OUTRE ORDONNÉ ET DÉCIDÉ que le défendeur mette immédiatement le demandeur, ou la personne qu'il peut désigner, en possession des biens-fonds et lieux en question dans la présente cause, ou de toute partie de ceux-ci qui peuvent être en la possession dudit défendeur.

Jugement signé ce.....jour de..... 19....

REGISTRAIRE

On peut relever notamment les points suivants: i) que la formulation du jugement rendu en l'espèce a repris, presque mot pour mot, les termes de l'exposé introductif et des paragraphes 1 et 3 de la formule 20; ii) que la formule 20 est une formule de jugement de forclusion; iii) qu'il ne s'agit pas d'un jugement de forclusion immédiate mais d'un jugement de nature conditionnelle; iv) que le jugement rendu en faveur de M^{me} Dale ne contient pas le paragraphe 2 de la formule 20 ordonnant le paiement immédiat.

Marriott, précité, déclare à la p. 76:

[TRADUCTION] Dans une action combinée en forclusion, possession et paiement, il faut garder présent à

are three actions and the judgment when entered gives three remedies. If no notice D. O. R. [desire opportunity to redeem] is filed in effect three judgments are obtained, one for immediate foreclosure, one for possession and another for payment.

Where a notice D. O. R. is filed and the defendant is given three months to redeem, or a reference is required as to encumbrancers, the foreclosure action is not concluded and the right to redeem is still outstanding until a final order is obtained. However, as the other two actions have been completed and the plaintiff has the right to pursue his remedies thereon without regard to the foreclosure action he may at once obtain an execution on the judgment for payment and issue a writ of possession and place them in the Sheriff's hands: *Euclid Avenue Trusts Co. v. Hobs* (1911) 24 O.L.R. 447 at 452.

[The emphasis is mine.]

The effect of the judgment taken out by Mrs. Dale on March 23, 1962 was (i) to leave outstanding Mrs. Petranik's right of redemption until a final order of foreclosure could be obtained; (ii) not to take judgment for immediate payment; (iii) to obtain the right of immediate possession.

It is contended on behalf of Mrs. Dale that the omission from the judgment of the order for immediate payment (which embodied an express obligation to reconvey on payment) served to distinguish this case from *Stevens v. Theatres, Ltd.*, *supra*, and that in consequence Mrs. Dale was free to disregard the judgment which had been obtained at her behest from the Supreme Court of Ontario ordering a reference to the Master, and free to sell the mortgaged lands by private sale without notice to Mrs. Petranik. With respect, I think that that is taking too narrow a view of what was said by Mr. Justice Farwell in the *Stevens* case. I do not regard *Stevens* as a technical rule. Once the court has given judgment in foreclosure proceedings the mortgagee's power of sale is suspended pending implementation of that judgment. Although there is language in *Stevens* which might suggest that the suspension of the exercise of the power of sale depended upon an obligation to reconvey being expressly set forth in the judgment *nisi*, there is other language which can be read

l'esprit qu'en réalité il y a trois actions et que le jugement, une fois inscrit, fournit trois remèdes. Si aucun avis de D. O. R. [désir d'occasion de racheter] n'est déposé, ce sont en fait trois jugements qui sont obtenus, un de foreclosure immédiate, un de possession, et un autre de paiement.

Quand un avis de D. O. R. est déposé et que le défendeur se voit accorder trois mois pour racheter, ou quand un renvoi est exigé quant aux créanciers, l'action en foreclosure n'est pas terminée et le droit de racheter subsiste encore jusqu'à l'obtention d'une ordonnance finale. Toutefois, comme les deux autres actions sont achevées et que le demandeur a le droit d'exercer les recours qu'elles lui ont ouverts sans égard à l'action en foreclosure, il peut aussitôt obtenir un bref d'exécution en vertu du jugement de paiement et faire émettre un bref de possession et les mettre entre les mains du shérif: *Euclid Avenue Trusts Co. v. Hobs* (1911) 24 O.L.R. 447, p. 452.

[C'est moi qui souligne.]

L'effet du jugement obtenu par M^{me} Dale le 23 mars 1962 était i) de laisser subsister le droit de rachat de M^{me} Petranik jusqu'à ce qu'une ordonnance finale de foreclosure puisse être obtenue; ii) de ne pas obtenir jugement de paiement immédiat; iii) d'obtenir un droit de possession immédiate.

On a prétendu, en faveur de M^{me} Dale, que l'omission dans le jugement, de l'ordonnance de paiement immédiat (à laquelle était incorporée une obligation expresse de rétrocession sur paiement) permettait de distinguer la présente affaire de *Stevens v. Theatres, Ltd.*, précité. En conséquence, M^{me} Dale était libre de ne pas tenir compte du jugement prononcé à sa demande par la Cour suprême de l'Ontario, ordonnant un renvoi au Master, et de vendre privément les biens-fonds hypothéqués sans en aviser M^{me} Petranik. Avec égards, je pense que c'est interpréter trop étroitement les déclarations du juge Farwell dans *Stevens*. Je ne vois pas la règle *Stevens* comme une règle de procédure. Dès lors qu'un tribunal a prononcé jugement dans des procédures de foreclosure, le pouvoir de vente du créancier hypothécaire est suspendu tant que l'exécution du jugement est elle-même pendante. Bien qu'il y ait, dans *Stevens*, certains passages qui pourraient laisser entendre que la suspension de l'exercice du pouvoir de vente est subordonnée à la présence, dans le jugement

more broadly and as being apposite in the case at bar. I have in mind, for example, the following:

When the parties have once taken the judgment of the Court neither party, in my opinion, is entitled without the leave of the Court to put it out of his own power, by any act of his own, to obey the judgment of the Court.

Whatever may be the reach of the *Stevens* decision, I am in no doubt that when a mortgagee seeks the aid of the court in the enforcement of a remedy against a mortgagor and engages the court system to the extent of obtaining a judgment of the nature of that obtained by Mrs. Dale, the mortgagee must carry out that judgment or obtain leave of the court to do otherwise. Having resorted to the Queen's justice, he can not resort to his own.

I conclude by reiterating that an equity of redemption is an interest in land, which the mortgagor can convey, devise, settle, lease or mortgage like any other interest in land (Megarry and Wade, *The Law of Real Property* (3rd ed.) at p. 885, and Cheshire's *Modern Real Property* (10th ed.) at p. 568) and that equity has always jealously guarded the mortgagor's right to redeem.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal and restore the judgment of Moorhouse J. with costs to the appellant throughout.

Appeal allowed with costs, JUDSON and RITCHIE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Black, Osborne, Black & Bassel, Toronto.

Solicitor for the respondents, Parker and Berwick: George T. Walsh, Toronto.

Solicitor for the respondent, Dale: G. L. Howell, Toronto.

conditionnel, d'une obligation expresse de rétrocession, il en est d'autres qui peuvent être considérés comme plus larges et applicables à la présente espèce. Je pense, par exemple, à celui-ci:

[TRADUCTION) Une fois que les parties ont obtenu jugement de la cour, aucune d'elles, à mon avis, n'a le droit, sans permission de celle-ci et par quelque acte unilatéral, de se mettre hors de mesure d'obéir audit jugement.

Quelle que puisse être la portée de *Stevens*, je n'ai aucun doute que, lorsqu'un créancier hypothécaire s'adresse à la cour pour obtenir un redressement contre un débiteur hypothécaire et engage le système judiciaire au point d'obtenir un jugement de la nature de celui qu'a obtenu M^{me} Dale, il a la stricte obligation d'exécuter ce jugement ou d'obtenir de la cour la permission d'agir autrement. Ayant eu recours à la justice de la Reine, il ne peut se faire justice lui-même.

Je conclus en répétant qu'un droit de rachat est un droit réel immobilier, que le débiteur hypothécaire peut céder, léguer, attribuer, louer ou hypothéquer comme n'importe quel autre droit réel immobilier (Megarry et Wade, *The Law of Real Property* (3^e éd.), p. 885 et Cheshire's *Modern Real Property* (10^e éd.), p. 568) et que l'*equity* a toujours jalousement protégé le droit de rachat du débiteur hypothécaire.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir le jugement du juge Moorhouse avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges JUDSON et RITCHIE dissidents.

Procureurs de l'appelante: Black, Osborne, Black & Bassel, Toronto.

Procureur des intimés, Parker et Berwick: George T. Walsh, Toronto.

Procureur de l'intimée, Dale: G. L. Howell, Toronto.

Martin Service Station Ltd. *Appellant;*

and

The Minister of National Revenue
Respondent;

and

The Attorney General of Newfoundland
Intervenor.

1975: June 18 and 19; 1976: May 5.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Unemployment insurance — Insurable employment resulting from a contract of service — Regulations extending the scope of insurable employment — Unemployment Insurance Act, 1955 (Can.), c. 50, s. 26(1)(d) — Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, s. 4(1)(c) — British North America Act, s. 91(2A).

Appellant owns motor vehicles that are used as taxis. Respondent, the Minister of National Revenue, considered the drivers of these vehicles to be subject to the *Unemployment Insurance Act* and assessed appellant for a total of \$49,476.92 in premiums for these drivers. This amount was claimed in accordance with the Unemployment Insurance Regulations adopted pursuant to s. 26(1)(d) of the *Unemployment Insurance Act* of 1955 and s. 4(1)(c) of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. Appellant contended that these provisions of the Acts, which authorize the Unemployment Insurance Commission to make Regulations to include in insurable employment self-employment or employment not under a contract of service, are *ultra vires* the Parliament of Canada. Heald J., acting as an Umpire under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, referred the constitutional question to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 28(4) of the *Federal Court Act*. Since the Federal Court of Appeal held that the said regulations were *intra vires*, appellant obtained leave from that Court to appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

Even if one accepts the contention that the jurisdiction of Parliament under s. 91(2A) of the *British North America Act* must be qualified by an insurance aspect, it

Martin Service Station Ltd. *Appelante;*

et

Le ministre du Revenu national *Intimé;*

et

Le procureur général de Terre-Neuve
Intervenant.

1975: les 18 et 19 juin; 1976: le 5 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Assurance-chômage — Emploi assurable résultant d'un contrat de louage de services — Règlements étendant la portée de l'emploi assurable — Loi sur l'assurance-chômage, 1955 (Can.) c. 50, art. 26(1)d) — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), c. 48, art. 4(1)c) — Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(2A).

L'appelante est propriétaire de véhicules à moteur qu'elle loue comme taxis. L'intimé, le ministre du Revenu national, a considéré les conducteurs de ces véhicules soumis à la *Loi sur l'assurance-chômage* et évalué les cotisations dues par l'appelante à l'égard de ces derniers à la somme de \$49,476.92. Ce montant est réclamé conformément aux Règlements sur l'assurance-chômage adoptés en vertu de l'al. d) du par. (1) de l'art. 26 de la *Loi sur l'assurance-chômage* de 1955 et l'al. c) du par. (1) de l'art. 4 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. L'appelante prétend que ces dispositions, qui autorisent la Commission d'assurance-chômage à établir des règlements en vue d'inclure dans les emplois assurables les emplois indépendants ou les emplois ne résultant pas d'un contrat de louage de services, sont *ultra vires* du Parlement du Canada. Le juge Heald, agissant à titre d'un juge-arbitre en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* a renvoyé la question constitutionnelle à la Cour d'appel fédérale, conformément au par. (4) de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La Cour d'appel fédérale ayant décidé que lesdits règlements étant *intra vires*, l'appelante, avec autorisation de la Cour d'appel fédérale, se pourvoit devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Même si l'on accepte la prétention selon laquelle la compétence du Parlement en vertu du par. (2A) de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* doit

does not at all follow that self-employed persons can never incur any insurable risk of unemployment. Moreover, the impugned Regulations are limited in extent and are not contrary to the general intention of the Act, which continues to be directed at persons under a contract of service. However, in order to avoid allowing some persons to evade the Act by giving their contractual relationship a form other than that of a contract of service, the Unemployment Insurance Commission may make Regulations to include certain kinds of employment that do not result from a contract of service in insurable employment, where "the nature of the work performed . . . is similar to the nature of the work performed by persons employed in insurable employment". Even leaving out of account any possible intention to evade the Acts, these persons, such as the taxi drivers in the case at bar, are exposed to the risk of being deprived of work whether they are self-employed or employed under a contract of service. This risk is insurable under a scheme of compulsory public insurance provided that scheme generally conforms to the nature of an insurance scheme, including protection against risk and a system of contributions.

It is true that the original Canadian legislation, whether enacted before or after the amendment of the Constitution, as well as contemporaneous British legislation on unemployment insurance, was strictly limited to the coverage of persons employed under a contract of service. Legislative history provides only a starting point, however, and is seldom conclusive in determining the nature of a legislative competence, which is essentially dynamic. Since the Regulations contested in the case at bar are true unemployment insurance legislation, their constitutional validity is not affected by the fact that they affect civil rights other than those which are governed by a contract of service.

R. v. Scheer Ltd., [1974] S.C.R. 1046, applied.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹, which had declared certain Regulations enacted under the *Unemployment Insurance Act* to be valid. Appeal dismissed.

J. A. Robb, Q.C., and *Peter R. O'Brien*, for the appellant.

P. M. Olivier, Q.C., for the respondent.

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

¹ [1974] 1 F.C. 398.

être limitée par un aspect assurance, il ne s'ensuit pas que les personnes établies à leur propre compte n'encourent jamais de risque assurable de chômage. D'ailleurs les règlements attaqués n'ont qu'une portée limitée et ne vont pas à l'encontre du but général de la Loi, à savoir de ne viser que les personnes liées par un contrat de service. Toutefois, pour éviter que certaines personnes, en donnant à leur relation contractuelle une forme autre que le contrat de service, puissent se soustraire à la Loi, la Commission d'assurance-chômage peut décréter que certains emplois ne résultant pas d'un contrat de louage de services sont des emplois assurables, lorsque «la nature du travail accompli est semblable à la nature du travail accompli par des personnes s'adonnant à un emploi assurable». Même en écartant toute intention de se soustraire aux lois, ces personnes, comme, en l'espèce, les conducteurs de taxi, qu'ils travaillent à leur propre compte ou en vertu d'un contrat de service, sont exposés au risque de manquer de travail. Il s'agit là d'un risque assurable dans le cadre d'une assurance publique obligatoire pourvu qu'elle respecte en gros la nature d'un système d'assurance, y compris la protection contre le risque et un régime de cotisations.

Il est exact que les premières lois canadiennes, aussi bien celles promulguées avant la modification de la Constitution qu'après, et que la législation britannique de l'époque sur l'assurance-chômage s'appliquaient strictement aux personnes employées en vertu d'un contrat de service. L'historique d'une législation ne fournit qu'un point de départ, mais elle est rarement décisive quant à la détermination de la nature d'une compétence législative car celle-ci est essentiellement dynamique. Puisque les règlements attaqués en l'espèce constituent une véritable législation sur l'assurance-chômage, la validité constitutionnelle n'est pas amoindrie du fait qu'ils touchent des droits civils autres que ceux régis par un contrat de service.

Arrêt appliqué: *R. c. Scheer Ltd.*, [1974] R.C.S. 1046.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ qui avait déclaré valide certains règlements édictés en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Pourvoi rejeté.

J. A. Robb, c.r., et *Peter R. O'Brien*, pour l'appellante.

P. M. Olivier, c.r., pour l'intimé.

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

¹ [1974] 1 C.F. 398.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.— This is an appeal by leave of the Federal Court of Appeal from a judgment of the same which answered in the negative the following question referred to that Court pursuant to s. 28(4) of the *Federal Court Act*, (1970-71-72 (Can.), c. 1), by Mr. Justice Heald, acting as an Umpire under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, (1970-71-72 (Can.), c. 48, ss. 92, 93):

“On the basis of the Agreed Statement of Facts filed herein, bearing date September 24, 1973, and bearing the signature of counsel for both parties, is section 26(1)(d) of the *Unemployment Insurance Act 1955* and section 4(1)(c) of the *Unemployment Insurance Act 1971*, ultra vires the Parliament of Canada in that they authorize the Unemployment Insurance Commission to make Regulations to include in insurable employment, self employment or employment not under a contract of service?”.

In this Court, the Attorney General of Newfoundland was granted leave to intervene and, together with Respondent, supported the validity of the two impugned enactments. No other province sought leave to intervene.

The agreed statement of facts mentioned in the question referred to the Federal Court of Appeal reads as follows:

1. Appellant owns a certain number of motor vehicles in Montreal which are used for the purpose of carrying passengers for hire.

2. Pursuant to the provisions of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, the Minister of National Revenue has assessed the Appellant for unemployment insurance premiums with respect to the drivers of its motor vehicles in the total sum of \$49,476.92, including penalties for the years 1969, 1970, 1971 and 1972, the whole as appears from a copy of the notices of assessments for the said years attached hereto as exhibit 1.

3. The amounts assessed for the years 1969, 1970 and 1971 are claimed as amounts owing by virtue of Regulation 64B of the Unemployment Insurance Regulations approved by Order-in-Council P.C. 1966-610 dated April 4, 1966 as amended by Order-in-Council P.C. 1968-1181 dated June 19, 1968 which reads in part as follows:

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Ce pourvoi interjeté avec l'autorisation de la Cour d'appel fédérale attaque un arrêt où cette dernière a répondu négativement à une question renvoyée aux termes du par. (4) de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* (1970-71-72 (Can.), c. 1) par le juge Heald agissant à titre de juge-arbitre en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, (1970-71-72 (Can.), c. 48, art. 92 et 93). La question est la suivante:

«Compte tenu de l'exposé conjoint des faits joint aux présentes, daté du 24 septembre 1973 et portant les signatures des avocats des deux parties, peut-on dire que l'article 26(1)d de la *Loi de 1955 sur l'assurance-chômage* et l'article 4(1)c de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* sont ultra vires du Parlement du Canada en ce qu'ils autorisent la Commission d'assurance-chômage à établir des règlements en vue d'inclure dans les emplois assurables les emplois indépendants ou les emplois ne résultant pas d'un contrat de louage de services?»

Cette Cour a accordé au procureur général de Terre-Neuve l'autorisation d'intervenir et il s'est joint à l'intimé pour soutenir la validité des deux dispositions contestées. Aucune autre province n'a demandé la permission d'intervenir.

L'exposé conjoint des faits mentionné dans la question renvoyée à la Cour d'appel fédérale se lit comme suit:

[TRADUCTION] 1. L'appelante est propriétaire à Montréal d'un certain nombre de véhicules à moteur qu'elle met en location aux fins de transport de passagers.

2. Conformément aux dispositions de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, le ministre du Revenu national a évalué les cotisations d'assurance-chômage dues par l'appelante à l'égard des conducteurs de ses véhicules à moteur à la somme totale de \$49,476.92, incluant des amendes pour les années 1969, 1970, 1971 et 1972, le tout tel qu'il ressort d'une copie des avis d'évaluation pour lesdites années jointe aux présentes comme pièce 1.

3. Les montants évalués pour les années 1969, 1970 et 1971 sont réclamés à titre de montants dus en vertu de l'article 64B des Règlements sur l'assurance-chômage approuvés par l'arrêté en conseil C.P. 1966-610 en date du 4 avril 1966, modifié par l'arrêté en conseil C.P. 1968-1181 en date du 19 juin 1968, dont voici un extrait:

“64B. (1) Except for employment that is excepted employment, the employment of every person who

a) is employed in driving any taxi, commercial bus, school bus or other vehicle that is used by a business or public authority for carrying passengers, and

b) is not the owner of the vehicle or the proprietor or operator of the business or public authority that uses the vehicles for carrying passengers,

shall be included in insurable employment notwithstanding that such employment may be self-employment or employment not under a contract of service.

(2) The operator or proprietor of a business or a public authority that uses a vehicle described in subsection (1) for carrying passengers shall, for all the purposes of the Act and these Regulations, be deemed to be the employer of every person whose employment is included in insurable employment pursuant to subsection (1).”

4. The said Regulation 64B was adopted under the authority of section 26(1)(d) of the *Unemployment Insurance Act* of 1955, as amended (Statutes of Canada, 1955, c. 50).

5. The assessment for the year 1972 is based on Regulation 53(e) of the Unemployment Insurance Regulations adopted on December 17th, 1971 (P.C. 1971-2795-SOR/DORS 657). It reads as follows:

“53. Employment in any of the following employments, unless it is excepted employment under subsection 3(2) of the Act or excepted from insurable employment by any other provision of these Regulations, is included in insurable employment:

e) employment of a person as a driver of any taxi, commercial bus, school bus or any other vehicle that is used by a business or public authority for carrying passengers, where that person is not the owner of the vehicle or the proprietor or operator of the business or public authority.”

6. The said Regulation 53 was adopted under the authority of section 4(1)(c) of the *Unemployment Insurance Act*, 1971.

7. It is the Appellant's main submission that section 26(1)(d) of the *Unemployment Insurance Act* of 1955 and section 4(1)(c) of the 1971 Act are *ultra vires* the Parliament of Canada in that they authorize the Commission to make regulations to include in insurable

«64B. (1) Sauf les emplois exceptés, doit être classé parmi les emplois assurables l'emploi de toute personne qui

a) est employée en qualité de conducteur de taxi, d'autobus commercial ou d'autobus d'écoliers ou de tout autre véhicule utilisé par une entreprise privée ou un établissement public pour le transport de personnes, et

b) n'est pas le propriétaire du véhicule, ni le propriétaire ou l'exploitant de l'entreprise privée ou de l'établissement public qui utilise le véhicule pour le transport des personnes,

peu importe que cette personne travaille à son compte ou autrement qu'en vertu d'un contrat de service.

(2) A toutes les fins de la Loi et des présents règlements, l'exploitant ou le propriétaire de l'entreprise privée ou de l'établissement public qui utilise un des véhicules dont il est question au paragraphe (1) pour transporter des personnes est censé être l'employeur de toute personne dont l'emploi constitue un emploi assurable aux termes du paragraphe (1).»

4. Ledit article 64B a été adopté en vertu de l'article 26(1)d de la *Loi sur l'assurance-chômage* de 1955, telle que modifiée (Statuts du Canada, 1955, c. 50).

5. L'évaluation au titre de l'année 1972 est fondée sur l'article 53e des Règlements sur l'assurance-chômage adoptés le 17 décembre 1971 (C.P. 1971-2795-SOR/DORS 657). Il se lit comme suit:

«53. Sont inclus dans les emplois assurables, s'ils ne sont pas des emplois exclus en vertu du paragraphe 3(2) de la Loi ou d'une disposition des présents règlements, les emplois suivants:

e) l'emploi exercé par une personne à titre de chauffeur de taxi, d'autobus commercial, d'autobus scolaire ou d'un autre véhicule utilisé par une entreprise privée ou une administration publique pour le transport de passagers, lorsque cette personne n'est pas le propriétaire du véhicule ni l'exploitant, ni le patron de l'entreprise privée ou de l'administration publique.»

6. Ledit article 53 a été adopté en vertu de l'article 4(1)c de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*.

7. Suivant l'argument principal de l'appelante, l'article 26(1)d de la *Loi sur l'assurance-chômage* de 1955 et l'article 4(1)c de la *Loi de 1971* sont *ultra vires* du Parlement du Canada parce qu'ils autorisent la Commission à établir des règlements pour inclure dans les

employment, employment that is not under a contract of service, and that the assessments levied against it are for this reason null and void.

8. Subsidiarily, Appellant submits that even if the provisions of the Acts on which the assessments are based are *intra vires*, Regulations 64B and 53 are inapplicable to it because it is not in the business of carrying passenger within the meaning of the said Regulations but in the business of leasing motor vehicles for use as taxis.

9. The subsidiary argument of the Appellant raises issues of fact which the parties would like to see left for determination until the main constitutional issue has been finally resolved.

The constitutional issue is a narrow one; the learned Umpire gave it the form of a theoretical question relating to two specific enactments; the answer to this question must not only be confined to those enactments: it must also be given for the sole purpose of solving the practical issue which is before the Umpire.

The system of unemployment insurance set up under the *Unemployment Insurance Act, 1955*, now repealed, and the *Unemployment Insurance Act, 1971*, contemplates the establishment of a fund or of an account fed in part by premiums levied upon employers and employees and in part by money supplied by Parliament. It benefits persons engaged in "insurable employment", such employment being, as a rule, employment under a contract of service. However, s. 26(1)(d) of the *Act of 1955* and s. 4(1)(c) of the *Act of 1971*, the two enactments the constitutionality of which is questioned by appellant, enable the Unemployment Insurance Commission to extend the scope of "insurable employment":

26. (1) The Commission may, with the approval of the Governor in Council, make regulations for including in insurable employment,

(d) any employment if it appears to the Commission that the nature of the work performed by persons employed in that employment is similar to the nature of the work performed by persons employed in insurable employment. *Unemployment Insurance Act, 1955, c. 50.*

emplois assurables les emplois ne résultant pas d'un contrat de louage de services, et les évaluations établies à son égard sont, pour ce motif, nulles et non avenues.

8. Subsidiairement, l'appelante soutient que, même si les dispositions des lois sur lesquelles sont fondées les évaluations sont *intra vires*, les articles 64B et 53 des Règlements ne lui sont pas applicables parce qu'elle n'exploite pas une entreprise de transport de passagers au sens desdits règlements, mais une entreprise de location de véhicules à moteur qui sont utilisés comme taxis.

9. L'argument subsidiaire de l'appelante soulève des questions de fait que les parties aimeraient laisser en suspens jusqu'à ce que la question principale de la constitutionnalité ait été tranchée de façon définitive.

La question constitutionnelle est très étroite; le savant juge-arbitre lui a donné la forme d'une question théorique se rapportant à deux dispositions spécifiques; non seulement la réponse à cette question doit-elle se limiter à ces deux dispositions: elle doit également viser uniquement à résoudre le problème pratique dont est saisi le juge-arbitre.

Le système d'assurance-chômage, établi en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage, 1955*, maintenant abrogée, et de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, a pour but de constituer une caisse ou un compte alimenté en partie par les cotisations prélevées sur les employeurs et les employés et en partie par les sommes versées par le Parlement. En bénéficient les personnes occupant un «emploi assurable», ce dernier étant en principe un emploi résultant d'un contrat de louage de services. Toutefois, l'al. d) du par. (1) de l'art. 26 de la *Loi de 1955* et l'al. c) du par. (1) de l'art. 4 de la *Loi de 1971*, dispositions dont la constitutionnalité est mise en question par l'appelante, permettent à la Commission d'assurance-chômage d'étendre la portée de l'expression «emploi assurable»:

26. (1) Avec l'approbation du gouverneur en conseil, la Commission peut édicter des règlements en vue d'inclure dans l'emploi assurable

d) tout emploi, s'il apparaît à la Commission que la nature du travail accompli par des personnes s'adonnant à cet emploi est semblable à la nature du travail accompli par des personnes s'adonnant à un emploi assurable. *Loi sur l'assurance-chômage, 1955, c. 50.*

4. (1) The Commission may, with the approval of the Governor in Council, make regulations for including in insurable employment,

(c) any employment that is not employment under a contract of service if it appears to the Commission that the terms and conditions of service of and the nature of the work performed by persons employed in that employment are similar to the terms and conditions of service of and the nature of the work performed by persons employed under a contract of service. *Unemployment Insurance Act, 1971, c. 48.*

This Court had to consider s. 26(1)(d) of the *Unemployment Insurance Act, 1955*, in *The Queen v. Scheer Ltd.*², where it was held that Regulation 64B was authorized by s. 26(1)(d). The constitutional validity of the latter enactment itself was not however in question. Spence J., who delivered the unanimous judgment of the Court summarized the history of the legislation and regulations up to that date. I cannot do better than to quote part of his summary, at p. 1048:

The Parliament of Canada by Statutes of Canada 1935, c. 38, enacted the *Employment and Social Insurance Act*. The *ultra* or *intra vires* character of that statute was referred to the Supreme Court of Canada by Order in Council made on the 5th of November 1935, and this Court, by a majority judgment upon such reference, reported in [1936] S.C.R. 427, held that the statute was *ultra vires* as being in pith and substance a statute in relation to the civil rights of employers and employed in each province. The Reference was appealed to the Privy Council and the judgment of the Supreme Court of Canada was affirmed in a judgment reported in [1937] A.C. 355. Lord Atkin giving judgment for Their Lordships said at p. 365:

“There can be no doubt that, *prima facie*, provisions as to insurance of this kind, especially where they affect the contract of employment, fall within the class of property and civil rights in the Province, and would be within the exclusive competence of the Provincial Legislature”.

He concluded his reasons with the statement:

“In the present case, Their Lordships agree with the majority of the Supreme Court in holding that in pith and substance this Act is an insurance Act affecting the

² [1974] S.C.R. 1046.

4. (1) La Commission peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des règlements en vue d'inclure dans les emplois assurables

c) tout emploi qui n'est pas un emploi aux termes d'un contrat de louage de services, s'il paraît évident à la Commission que les modalités des services rendus et la nature du travail exécuté par les personnes exerçant cet emploi sont analogues aux modalités des services rendus et à la nature du travail exécuté par les personnes exerçant un emploi aux termes d'un contrat de louage de services; *Loi sur l'assurance-chômage, 1971, c. 48.*

Dans l'affaire *La Reine c. Scheer Ltd.*², cette Cour a étudié l'al. d) du par. (1) de l'art. 26 de la *Loi sur l'assurance-chômage, 1955*, et a conclu à la validité du règlement 64B édicté sous son autorité. La constitutionnalité de l'al. d) du par. (1) de l'art. 26 n'était cependant pas contestée. Le juge Spence, qui a rendu le jugement unanime de la Cour, a résumé l'historique de la législation et des règlements jusqu'à ce moment-là. Je ne peux faire mieux que citer un extrait de son résumé, à la p. 1048:

En 1935, le Parlement du Canada a adopté la *Loi sur le placement et les assurances sociales, S.C. 1935, (Can.), c. 38*. Par un décret du Conseil du 5 novembre 1935, la Cour suprême du Canada a été appelée à se prononcer sur le caractère *ultra* ou *intra vires* de cette loi, et, dans un jugement majoritaire publié à [1936] R.C.S. 427, cette Cour a statué que cette loi était *ultra vires* comme étant, par sa nature même, une loi touchant aux droits civils des patrons et employés dans chaque province. Le renvoi a été porté en appel devant le Conseil privé qui a confirmé le jugement de la Cour suprême du Canada dans un arrêt publié à [1937] A.C. 355. En prononçant le jugement au nom de Leurs Seigneuries, Lord Atkin a dit, p. 365:

[TRADUCTION] «Il ne peut y avoir de doute que, de prime abord, les dispositions relatives à une assurance de ce genre, surtout lorsqu'elles visent le contrat de travail, tombent dans la catégorie de la propriété et des droits civils de la province et sont du ressort exclusif de la législature provinciale.»

A la fin de ses motifs, il a déclaré:

[TRADUCTION] «Dans le cas actuel, Leurs Seigneuries s'accordent avec la majorité de la Cour suprême à juger que, par sa nature même, cette loi est une loi d'assu-

² [1974] R.C.S. 1046.

civil rights of employers and employed in each Province, and as such is invalid”.

Thereafter, in 1940, the *British North America Act* was amended by adding in s. 91 a new heading designated as Number 2A simply in the words “Unemployment Insurance”. Following that, the statute previously declared invalid was re-enacted . . .

It would appear . . . that up till 1946 the statute was concerned only with those who were bound as employers or employees under a contract of service. However, in the year 1946, by 10 Geo. VI, c. 68, Parliament added s. 14A which I quote hereafter:

“14A. The Commission may, by special order, declare that the terms and conditions of service of, and the nature of the work performed by a person or group or class of persons who are not employed under a contract of service are so similar to the terms and conditions of service of, and the nature of the work performed by, a group or class of persons who are employed under a contract of service as to result in anomalies or injustices in the operation of the Act, and there upon the person or group or class of persons in respect of whom the declaration is made shall be deemed to be employed under a contract of service for the purposes of this Act.”

It will be seen that by this amendment for the first time Parliament enlarged the scope of the statute so that the Commission could, under the circumstances set out in s. 14A, include in the coverage of the statute some persons who were not employed under a contract of service.

The old act was replaced by a new statute in 1955, Statutes of Canada, 1955, c. 50, s. 26(1)(d) of which is quoted above.

In 1956, the *Unemployment Insurance Act*, 1955 was amended to enable the Unemployment Insurance Commission to include employment in fishing as insurable employment even though fishermen were not the employees of any other persons. (Statutes of Canada, 1956, c. 50.)

The *Unemployment Insurance Act*, 1955 was included in the Revised Statutes of Canada 1970, as c.U. 2 now replaced by the *Unemployment Insurance Act*, 1971, s. 4(1)(c) of which is also quoted above.

rance qui touche aux droits civils des patrons et employés dans chaque province, et que, à ce titre, elle est invalide.»

Par la suite, en 1940, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* a été modifié en ajoutant à l'art. 91 une nouvelle rubrique, désignée sous le numéro 2A et contenant simplement les mots «L'assurance-chômage». Après cela, la loi antérieurement déclarée nulle a été édictée de nouveau . . .

Il semblerait . . . que jusqu'en 1946, la loi ne visait que les personnes qui, en tant qu'employeurs ou employés, étaient liées par un contrat de service. Cependant, en 1946, le Parlement a ajouté l'art. 14A, adopté par la loi 10 Geo. VI, c. 68, qui se lit comme suit:

«14A. La Commission peut, par ordonnance spéciale, déclarer que les termes et conditions de service et la nature du travail d'une personne ou d'un groupe ou catégorie de personnes qui ne sont pas employées en vertu d'un contrat de service sont tellement semblables aux termes et conditions de service et à la nature du travail d'une personne ou d'un groupe ou catégorie de personnes employées en vertu d'un contrat de service qu'il peut en résulter des anomalies ou injustices dans l'application de la loi, et dès lors la personne ou le groupe ou la catégorie de personnes à l'égard de qui la déclaration est faite sont censées employées en vertu d'un contrat de service pour fins de la loi.»

Nous verrons que, par cette modification, c'était la première fois que le Parlement étendait la portée de la loi de manière que la Commission puisse, dans les circonstances prescrites à l'art. 14A, inclure dans le champ d'application de la loi des personnes qui n'étaient pas employées en vertu d'un contrat de service.

En 1955, par le c. 50 des Statuts du Canada de 1955, l'ancienne loi a été remplacée par une nouvelle loi dont l'al. d) du par. (1) de l'art. 26 est cité plus haut.

En 1956, la *Loi sur l'assurance-chômage*, 1955, a été modifiée afin de permettre à la Commission d'assurance-chômage d'inclure dans les emplois assurables tout emploi dans la pêche même si les pêcheurs n'étaient pas des employés au service d'autres personnes (Statuts du Canada, 1956, c. 50).

La *Loi sur l'assurance-chômage* de 1955 a été incluse dans les Statuts révisés du Canada de 1970 au c. U-2 que remplace maintenant la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* dont l'al. c) du par. (1) de l'art. 4 est également cité plus haut.

Appellant contends that s. 26(1)(d) of the *Act of 1955* and s. 4(1)(c) of the *Act of 1971* go beyond the power of Parliament to make laws relating to Unemployment Insurance in that they authorize the Unemployment Insurance Commission to include employment not under a contract of service in insurable employment. The main submissions advanced in support of that proposition, as I understand them, are as follows: the jurisdiction of Parliament under s. 91(2A) of the Constitution is limited by the insurance aspect of that jurisdiction; insurance necessarily involves an element of risk, that is the possibility of an event the occurrence or non-occurrence of which is beyond the control of the person insured; there is no risk of unemployment in the case of self-employed persons who alone decide whether they will continue to employ themselves; assuming there is a risk of unemployment in their case, it is not an insurable risk as they have such control over their own activity that it is impossible to determine when they are employed or unemployed with the precision required for the operation of a plan which undertakes to make payments in times of unemployment; the only way to determine the jurisdiction of Parliament with any degree of accuracy is to confine it to insurance against the unemployment of employees under a contract of service; to hold otherwise would empower Parliament to move into the fields of unemployment assistance, minimum wage maintenance and other areas of social security reserved to the provinces; appellant's position is reinforced, as it contends, by the fact that the *Employment and Social Insurance Act, 1935* (Can.), c. 38, declared *ultra vires* by this Court and by the Judicial Committee, and re-enacted under a different title after the 1940 constitutional amendment, covered only employees under a contract of service; similarly, a contemporaneous British Statute such as the *Act to consolidate the Unemployment Insurance Acts, 1920 to 1934*, (1935) 25 Geo. V, c. 8 clearly distinguished between unemployment insurance, which was limited to covering employees under a contract of service, and unemployment assistance; the wording of s. 91(2A) of the *British North America Act, 1867* is indicative of the intent to limit the jurisdiction of

L'appelante soutient que l'al. d) du par. (1) de l'art. 26 de la *Loi de 1955* et l'al. c) du par. (1) de l'art. 4 de la *Loi de 1971* outrepassent le pouvoir du Parlement de légiférer relativement à l'assurance-chômage parce qu'ils permettent à la Commission d'assurance-chômage d'inclure dans les emplois assurables un emploi qui ne relève pas d'un contrat de service. Les principaux arguments avancés à l'appui de cette thèse sont, me semble-t-il, les suivants: la compétence du Parlement en vertu du par. (2A) de l'art. 91 de la Constitution est limitée à l'aspect assurance de ce pouvoir; or, l'assurance implique nécessairement un élément de risque, c'est-à-dire la possibilité qu'un événement survienne ou ne survienne pas indépendamment de la volonté de la personne assurée; il n'existe aucun risque de chômage dans le cas des personnes établies à leur propre compte qui décident seules de continuer à travailler à leur compte; en supposant qu'il existe un risque de chômage dans leur cas, il ne s'agit pas d'un risque assurable puisqu'elles règlent leurs activités à un tel point qu'il est impossible de déterminer avec la précision que requiert l'administration d'un système créé en vue d'effectuer des versements en cas de chômage, à quel moment elles travaillent et à quel moment elles ne travaillent plus; la seule façon de définir avec une certaine précision le pouvoir du Parlement est de le limiter à l'assurance, en cas de chômage, d'employés liés par un contrat de service; conclure autrement autoriserait le Parlement à s'ingérer dans les domaines d'assistance-chômage, de réglementation du salaire minimum et dans d'autres aspects de la sécurité sociale du ressort des provinces; l'appelante prétend que sa thèse est renforcée du fait que la *Loi sur le placement et les assurances sociales, 1935* (Can.), c. 38, jugée *ultra vires* par cette Cour et par le Comité judiciaire, et promulguée de nouveau sous un titre différent après la modification constitutionnelle de 1940, ne s'appliquait qu'aux employés liés par un contrat de service; de même une loi britannique contemporaine comme l'*Act to consolidate the Unemployment Insurance Acts, 1920 to 1934*, (1935) 25 Geo. V, c. 8, établissait clairement une distinction entre l'assurance-chômage, qui ne s'appliquait qu'aux employés liés par un contrat de

Parliament to the first category.

Even if one accepts, as I am prepared to do, appellant's contention to the effect that the jurisdiction of Parliament under s. 91(2A) of the Constitution, considered apart from other powers of Parliament, must be qualified by an insurance aspect, it does not at all follow, in my view, that self-employed persons can never incur any insurable risk of unemployment or that in enacting s. 26(1)(d) of the *Act of 1955* and s. 4(1)(c) of the *Act of 1971*, Parliament has deviated from the insurance approach.

In *Scheer Ltd.*, (at p. 1054), Spence J., had already noted that

“the power to extend granted by s. 26(1)(d), is a very limited power. It only extends to any employment if it appears to the Commission that the nature of the work performed by persons in that employment is similar to the nature of the work performed by persons engaged in insurable employment”.

The limits of s. 4(1)(c) of the *Act of 1971* would appear to be even more strict as similarity in the terms and conditions of service are also required. In this respect, s. 4(1)(c) resembles s. 14A added to the old act in 1946 by 10 Geo. VI, c. 68. It has not been argued that, for the purpose of this case, anything turns on the difference in wording between s. 26(1)(d) of the *Act of 1955* and s. 4(1)(c) of the *Act of 1971*. But the limited extent of both enactments expresses the will of Parliament to continue the scheme of the Acts which remains generally directed at persons under a contract of service. In order to avoid paying contributions under the Acts, some persons might however elect to give to their contractual relationships a form other than that of a contract of service; the impugned enactments, in so far as they enable the Unemployment Insurance Commission to reach such persons, pertain to the category of enforcement provisions and are clearly *intra vires*. But, even leaving out of account any possible intention to evade the Acts, if conditions become such that those who have a contract of employment to per-

service, et l'assistance-chômage; le libellé du par. (2A) de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867, dénote l'intention de restreindre la compétence du Parlement à la première catégorie.

Même si l'on accepte, comme je suis disposé à le faire, la prétention de l'appelante selon laquelle la compétence du Parlement en vertu du par. (2A) de l'art. 91 de la Constitution, isolée des autres pouvoirs du Parlement, doit être limitée par un aspect assurance, il ne s'ensuit pas, à mon avis, que les personnes établies à leur propre compte n'encourent jamais de risque assurable de chômage ou qu'en édictant l'al. d) du par. (1) de l'art. 26 de la *Loi de 1955* et l'al c) du par. (1) de l'art. 4 de la *Loi de 1971*, le Parlement s'est éloigné du cadre de l'assurance.

Dans l'arrêt *Scheer Ltd.*, le juge Spence soulignait que (à la p. 1054):

«le pouvoir d'ajouter accordé par l'art. 26(1)d) est un pouvoir très limité. Il ne s'applique à tout emploi que s'il apparaît à la Commission que la nature du travail accompli par des personnes s'adonnant à cet emploi est semblable à la nature du travail accompli par des personnes s'adonnant à un emploi assurable».

Les limites imposées par l'al. c) du par. (1) de l'art. 4 de la *Loi de 1971* semblent être encore plus rigoureuses car il doit exister une similitude quant aux modalités des services rendus. A ce sujet, l'al. c) du par. (1) de l'art. 4 se compare à l'art. 14A ajouté à l'ancienne loi en 1946 par 10 Geo. VI, c. 68. On n'a pas avancé que, aux fins de la présente affaire, la différence entre le libellé de l'al. d) du par. (1) de l'art. 26 de la *Loi de 1955* et celui de l'al. c) du par. (1) de l'art. 4 de la *Loi de 1971* revêtait une importance particulière. Cependant, la portée limitée de ces deux dispositions reflète l'intention du Parlement de maintenir les lois dans la même optique, à savoir de ne viser, en règle générale, que les personnes liées par un contrat de service. Toutefois, pour éviter de verser des cotisations conformément à la législation, il est possible que certaines personnes décident de donner à leur relation contractuelle une forme autre que le contrat de service; les dispositions contestées, en ce qu'elles permettent à la Commission d'assurance-chômage d'assujettir ces personnes, appartiennent à la catégorie des dispositions relatives à l'exécu-

form a given type of work find themselves unemployed, it is most likely that those who perform the same type of work, although they be self-employed, will also find themselves out of work because of the same conditions. It is mainly to protect the latter against this risk of unavailability of work and involuntary idleness that the Acts are extended. Whether they be self-employed or employed under a contract of service, taxi drivers and bus drivers for instance are exposed to the risk of being deprived of work. This risk is, in my opinion, an insurable one, at least under a scheme of compulsory public insurance which was never expected to function on a strict actuarial basis provided it generally conformed to the nature of an insurance scheme, including protection against risk and a system of contributions.

A cardinal principle of both the *Act* of 1955 (ss. 59 and 60) and the *Act of 1971* (ss. 40 and 41) is that the loss of employment which is insured against be involuntary; claimants are disqualified if they lose their employment by reason of their own misconduct, if they voluntarily leave their employment without cause or if they neglect to avail themselves of an opportunity for suitable employment. The two impugned enactments, as I read them, are subject to that principle and, accordingly, persons whose employment is included in insurable employment although they are not employed under a contract of service are not entitled to benefits if their idleness is voluntary or, in other words, if their unemployment is not the result of the risk insured against. Penalties can also be imposed upon those who obtain benefits without being entitled to them. In my view, the complexities possibly involved in applying the law to those whose employment is not under a contract of service do not of themselves make the law *ultra vires*.

That the scheme contemplated by the two Acts is of a contributory nature has not been denied or discussed in the case at bar where the very object

tion des lois et sont de toute évidence *intra vires*. Cependant, même en écartant toute intention de se soustraire aux lois, si les conditions qui prévalent sont telles que ceux qui sont embauchés par contrat pour exécuter un travail donné sont réduits au chômage, il est de plus probable que ces mêmes conditions privent de travail ceux qui accomplissent le même genre de tâche, mais à leur compte. C'est principalement dans le but de protéger ces derniers du risque de manquer de travail et d'être contraints à l'inactivité que la portée de la législation a été élargie. Qu'ils travaillent à leur propre compte ou en vertu d'un contrat de service, les conducteurs de taxi et d'autobus par exemple sont exposés au risque de manquer de travail. A mon avis, c'est là un risque assurable, du moins dans le cadre d'une assurance publique obligatoire qui n'a pas été conçue pour être appliquée selon de rigoureux principes actuariels, pourvu qu'elle respecte en gros la nature d'un système d'assurance, y compris la protection contre le risque et un régime de cotisations.

Un principe fondamental de la *Loi* de 1955 (art. 59 et 60) et de la *Loi de 1971* (art. 40 et 41) est que la perte de l'emploi couvert par l'assurance doit être involontaire; les prestataires sont exclus du bénéfice des prestations s'ils perdent leur emploi par suite de leur propre in conduite, s'ils quittent volontairement leur emploi sans justification ou s'ils négligent de profiter d'une occasion d'obtenir un emploi convenable. Les deux dispositions contestées sont, à mon avis, assujetties à ce principe et, en conséquence, les personnes dont l'emploi est assurable, même si elles ne travaillent pas en vertu d'un contrat de service, n'ont pas droit aux prestations si leur inactivité est volontaire ou, en d'autres termes, si leur chômage ne résulte pas du risque couvert par l'assurance. Des amendes peuvent également être imposées à ceux qui touchent des prestations sans y avoir droit. A mon avis, les difficultés éventuelles à appliquer les dispositions législatives à ceux dont l'emploi ne dépend pas d'un contrat de service ne rendent pas en elles-mêmes les dispositions *ultra vires*.

Le fait que le régime prévu par les deux lois soit de nature contributive n'a pas été nié ni discuté en l'espèce alors que l'objet même du litige concerne

of the litigation is the levying of contributions allegedly owed by Appellant. It cannot therefore be argued, for the purpose of this case at least, that Parliament purported to enter the field of free unemployment assistance. The question might conceivably arise as to whether there is a point at which the scheme would cease to be an insurance scheme because the unemployment insurance fund or the unemployment insurance account are no longer substantially fed by contributions. This question has not been raised.

It is quite true that the old Canadian Act, the re-enactment of which was made possible after the amendment of the Constitution, together with contemporaneous British legislation relating to unemployment insurance, were strictly limited to the coverage of persons employed under a contract of service. But this simply happened to represent the legislative policy of the time, and it was perhaps easier to administer. Legislative history provides a starting point which may prove helpful in ascertaining the nature of a given legislative competence; but, as is shown by the history of legislation relating to bankruptcy and insolvency and by the interpretation of the jurisdiction of Parliament in this matter, it is seldom conclusive as to the scope of that competence for legislative competence is essentially dynamic.

It is true also that the Judicial Committee found the *Unemployment and Social Insurance Act, 1935 ultra vires* of Parliament because it interfered with the contract of service as well as with insurance. That happened to be the case under that legislation. However as was pointed out by Spence J., in *Scheer Ltd.*, (at p. 1052):

I find nothing . . . in the judgment of Lord Atkin in the Judicial Committee which would confine his judgment in reference to the *ultra vires* character of the statute to one which dealt only with master and servant relationship and, on the other hand, I think that a contract between a taxi cab owner and a person who operated that taxi cab under a contract other than a contract of service would be equally a contract dealing with the property and civil rights of the parties and interference with it by virtue of federal legislation would be equally *ultra vires*.

la perception des cotisations qui seraient dues par l'appelante. On ne peut donc prétendre, du moins aux fins de ce litige, que le Parlement entendait s'ingérer dans le domaine de l'assistance-chômage gratuite. On pourrait se demander si le régime cesserait d'être un régime d'assurance si la caisse d'assurance-chômage, ou le compte d'assurance-chômage, ne recevait plus suffisamment de cotisations. Cette question n'a pas été soulevée.

Il est tout à fait exact que l'ancienne loi canadienne, qui put être de nouveau promulguée à la suite de la modification de la Constitution, et la législation britannique de l'époque portant sur l'assurance-chômage s'appliquaient strictement aux personnes employées en vertu d'un contrat de service. Mais cela reflétait tout simplement l'intention du législateur de l'époque et représentait peut-être des avantages administratifs. L'historique d'une législation fournit un point de départ qui peut s'avérer utile à la détermination de la nature d'une compétence législative particulière; mais, comme le révèlent l'historique de la législation relative à la faillite et à l'insolvabilité et l'interprétation de la compétence du Parlement dans ce domaine, elle est rarement décisive quant à l'étendue de cette compétence car la compétence législative est essentiellement dynamique.

Il est également vrai que le Comité judiciaire a jugé la *Loi sur le placement et les assurances sociales, 1935, ultra vires* du Parlement parce qu'elle portait atteinte au contrat de service et à l'assurance. C'était l'effet de cette loi particulière. Cependant, comme l'a souligné le juge Spence dans l'arrêt *Scheer Ltd.* (à la p. 1052):

. . . je ne vois rien dans le jugement de Lord Atkin, du Comité judiciaire, qui limite son jugement quant au caractère *ultra vires* de la loi aux seuls cas où il y a un rapport de commettant à préposé et, d'autre part, je crois qu'un contrat entre un propriétaire de taxi et une personne qui conduit ce taxi en vertu d'un contrat autre qu'un contrat de service serait également un contrat visant la propriété et les droits civils des parties, et que toute intervention par une loi fédérale serait également *ultra vires*.

If one comes to the conclusion, as I do, that s. 26(1)(d) of the *Act* of 1955 and s. 4(1)(c) of the *Act of 1971*, are true unemployment insurance legislation, their constitutional validity is not affected by the fact that they affect civil rights other than those which are governed by a contract of service.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montreal.

Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Ottawa.

Solicitors for the intervenor: Burke-Robertson, Chadwick & Ritchie, Ottawa.

Si l'on conclut, comme je le fais, que l'al. d) du par. (1) de l'art. 26 de la *Loi* de 1955 et l'al. c) du par. (1) de l'art. 4 de la *Loi de 1971*, constituent une véritable législation sur l'assurance-chômage, leur validité constitutionnelle n'est pas amoindrie du fait qu'ils touchent des droits civils autres que ceux régis par un contrat de service.

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montréal.

Procureur de l'intimé: D. S. Thorson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant: Burke-Robertson, Chadwick & Ritchie, Ottawa.

Geophysical Engineering Limited *Appellant*;

and

The Minister of National Revenue
Respondent.

1976: March 30, 31; 1976: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Income tax — Mining syndicate — Prospector's expenses — Profit on shares of mining company — Deductions — Concurrent findings of facts in the Courts below — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 83, as amended by 1965 (Can.), c. 18, s. 19.

Appellant taxpayer was an amalgamation of three companies of which one, Keevil Consultants Limited, was a member of a syndicate that acquired shares of a mining company in 1962 and sold them at a profit in 1963 and 1965. It sought tax exemption of the amount expended on prospecting for the successful project. The prospecting work was carried out by F, an employee of a connected company Keevil Mining Group Limited. The work was charged to another connected company which in turn charged the syndicate for the time spent by F on the project. Appellant taxpayer paid to the syndicate its *pro rata* share of the prospecting costs. F was not a signatory to the agreement for the prospecting and staking of the claims and was not engaged in a venture of his own. He was entitled only to his regular salary and performed work as an employee (but not of the syndicate) rather than as a contractor. At trial and on appeal the Federal Court upheld the view of the Minister and the Tax Appeal Board that appellant was not permitted to the deductions claimed under s. 83 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended by 1965 (Can.), c. 18, s. 19 [since further amended by 1970-71-72 (Can.) c. 63] as F was neither an independent contractor under s. 83(1)(c) nor an employee of the syndicate under s. 83(3).

Held (Spence J. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

Geophysical Engineering Limited *Appelante*;

et

Le ministre du Revenu national *Intimé.*

1976: les 30 et 31 mars; 1976: le 5 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Syndicat minier — Dépenses du prospecteur — Bénéfices tirés de la vente d'actions de la compagnie minière — Déductions — Conclusions concordantes sur les faits des tribunaux d'instance inférieure — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 83, modifié par 1965 (Can.), c. 18, art. 19.

La compagnie contribuable appelante est née de la fusion de trois compagnies dont l'une, la Keevil Consultants Limited, était membre d'un syndicat qui avait acquis, en 1962, les actions d'une compagnie minière et les avait revendues avec bénéfices en 1963 et 1965. Elle cherchait à faire déduire de son revenu des dépenses de prospection engagées dans le projet couronné de succès. Les travaux de prospection étaient effectués par F, un employé de Keevil Mining Group Limited, une compagnie affiliée. Les travaux étaient facturés à une autre compagnie affiliée qui, à son tour, facturait au syndicat les heures que F consacrait au projet. La compagnie contribuable appelante versait au syndicat sa quote-part du coût de la prospection. F n'était pas un signataire de la convention ayant pour objet de faire prospecter et jalonner les claims miniers et n'avait pas sa propre entreprise. Il n'avait droit qu'à son salaire régulier et il exerçait son activité en tant qu'employé (mais pas du syndicat) plutôt que comme entrepreneur. En première instance et en appel la Cour fédérale a confirmé l'opinion du Ministre et de la Commission d'appel de l'impôt selon laquelle l'appelante n'était pas fondée à réclamer les exemptions en vertu de l'art. 83 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, modifié par les Statuts du Canada 1965, c. 18, art. 19 [modifié de nouveau par les Statuts du Canada 1970-71-72, c. 63], vu que F n'était ni un entrepreneur indépendant en vertu de l'al. 83(1)c) ni un employé du syndicat en vertu du par. 83(3).

Arrêt (le juge Spence étant en partie dissident): Le pourvoi doit être rejeté.

Per Curiam: The prospector F was not, within the words of s. 83, and individual who prospects or explores for minerals or develops a property for minerals on behalf of himself.

Per Laskin C.J. and Judson, Beetz and de Grandpré JJ.: The Court should not interfere to modify concurrent findings of fact unless satisfied that the decision at trial was wrong and that there was no evidence on which to base that decision. The Courts below were entitled on the evidence to conclude that F was not an employee of the syndicate in terms of s. 83(3) as they did. For the reasons given in the Court of Appeal the appeal should be dismissed.

Per Spence J. (dissenting in part): The words in s. 83(3) "... an arrangement with the prospector made before the prospecting, exploration or development work or as employer of the prospector ..." do not require that there be an agreement in writing. The understanding or arrangement that the prospector F was to leave his duties as a servant of his company and assuming specific duties for the syndicate, which F assented to perform in consideration of his regular salary, should be regarded as being an arrangement under s. 83(3).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ dismissing an appeal from a judgment of Walsh J. dismissing an appeal from a decision of the Tax Appeal Board². Appeal dismissed, Spence J. dissenting in part.

D. J. Wright, Q.C., and *R. N. Waterman*, for the appellant.

N. A. Chalmers, Q.C., and *J. Power*, for the respondent.

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

DE GRANDPRÉ J.—Appellant, relying on the provisions of s. 83(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended, has attacked the assessment for income tax purposes made by the minister as to the tax years ending March 31, 1963 and 1965. Its position briefly stated is that the

¹ [1974] F.C. 735, [1974] C.T.C. 867.

² [1973] C.T.C. 518 *sub nom. Keevil Consultants Ltd. v. M.N.R.*

La Cour: Le prospecteur F n'était pas, au sens de l'art. 83, un particulier qui prospecte ou explore pour trouver des minéraux ou développe une propriété en vue de trouver des minéraux, pour son compte.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Beetz et de Grandpré: Cette Cour ne doit pas intervenir pour modifier des conclusions concordantes sur les faits, à moins qu'elle ne soit convaincue que la décision de première instance était erronée et qu'il n'existait pas de preuve sur laquelle on pouvait fonder cette décision. Sur la base de la preuve faite, les tribunaux d'instance inférieure étaient fondés à conclure, comme ils l'ont fait, que F n'était pas un employé du syndicat au sens du par. 83(3). Pour les motifs rendus par la Cour d'appel, le pourvoi doit être rejeté.

Le juge Spence (en partie dissident): Le par. 83(3) qui parle «... d'une entente avec le prospecteur intervenu avant les travaux de prospection, d'exploration ou de développement, soit comme employeur du prospecteur...» n'exige pas l'existence d'une entente écrite. L'arrangement ou l'entente selon laquelle le prospecteur F devait quitter son travail comme préposé de sa compagnie et assumer des fonctions spécifiques pour le syndicat, que F a accepté d'exercer contre paiement de son salaire régulier, doit être considérée comme étant une entente au sens du par. 83(3).

POURVOI à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel fédérale¹ rejetant un jugement rendu par le juge Walsh, qui a rejeté un appel d'une décision de la Commission d'appel de l'impôt². Pourvoi rejeté, le juge Spence étant en partie dissident.

D. J. Wright, c.r., et *R. N. Waterman*, pour l'appelante.

N. A. Chalmers, c.r., et *J. Power*, pour l'intimé.

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

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Invoquant les dispositions de l'art. 83(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, et modifications, l'appelante a attaqué la cotisation faite par le Ministre au titre de l'impôt sur le revenu pour les exercices financiers terminés les 31 mars 1963 et 1965. Elle

¹ [1974] C.F. 735, [1974] C.T.C. 867.

² [1973] C.T.C. 518 *sub nom. Keevil Consultants Ltd. c. M.N.R.*

profits on the sale of shares of the capital stock of Silverfields Mining Corporation Limited are not to be included in computing its income because the shares were acquired by its predecessor, Keevil Consultants Limited, under an arrangement falling clearly within the four corners of the section. Appellant was unsuccessful in turn before the Tax Appeal Board, the Trial Division of the Federal Court and the Federal Court of Appeal.

In this Court, appellant submitted two propositions:

(1) the prospection which preceded the incorporation of Silverfields Mining Corporation Limited and the issue of the shares, the sale of which gave rise to the assessment, was done by one Frantz who was at all material times a person who was a prospector within the meaning of the Act because prospecting "on behalf of himself" or "on behalf of himself or others";

(2) if Frantz was not such a prospector, he did his prospecting as an employee of the syndicate which eventually brought into being Silverfields Mining Corporation Limited.

My brother Spence, whose reasons I have had the advantage of reading, has come to the conclusion that the first submission cannot be entertained but that the second one is well-founded and that the appeal should therefore be allowed. Before reaching this conclusion, he has reviewed the facts and quoted the relevant portions of the statute, thus relieving me of the obligation of entering into any details. I will say immediately that I share his conclusion as to the first submission but that, with respect, I cannot agree that appellant should succeed in its second submission.

We are faced here with a pure question of fact which throughout has been decided against appellant. Thurlow, J.A., speaking for the Court, after having concluded that Frantz was an employee rather than a contractor, continued: ([1974] C.T.C. 867 at p. 869)

Was he then at the material times an employee of the syndicate or, conversely, as the question is posed by

prétend essentiellement qu'il ne faut pas tenir compte des bénéfices réalisés sur la vente d'actions du capital social de Silverfields Mining Corporation Limited dans le calcul de son revenu, parce que les actions avaient été achetées par son prédécesseur, Keevil Consultants Limited, en vertu d'une entente cadrant exactement avec cet article. L'appelante a successivement échoué devant la Commission d'appel de l'impôt, la Division de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale.

Devant cette Cour, l'appelante a fait valoir deux moyens:

(1) la prospection qui a précédé la constitution de Silverfields Mining Corporation Limited et l'émission des actions dont la vente a donné naissance à la cotisation, a été faite par un certain Frantz qui était pendant toutes les périodes en cause un prospecteur au sens de la Loi, parce qu'il prospectait «en son nom» ou «pour son compte, et celui d'autres personnes»;

(2) si Frantz n'était pas un tel prospecteur, il a prospecté comme employé du syndicat qui finalement créa Silverfields Mining Corporation Limited.

Mon collègue le juge Spence, dont j'ai eu l'avantage de lire les motifs, a conclu que le premier moyen ne pouvait pas être admis mais que le second était bien fondé et que le pourvoi devrait, en conséquence, être accueilli. Avant d'aboutir à cette conclusion, il a passé les faits en revue et a cité les parties pertinentes de la Loi, me dispensant ainsi de l'obligation d'entrer dans les détails. Je dirai immédiatement que je partage sa conclusion en ce qui concerne le premier moyen, mais que, respectueusement, je ne suis pas d'avis que le second moyen devrait être reçu.

Nous avons à faire en l'espèce à une pure question de fait qui, dans toutes les cours, a été jugée contre l'appelante. Parlant au nom de la Cour d'appel, le juge Thurlow, après avoir conclu que Frantz était un employé plutôt qu'un entrepreneur, poursuivait: ([1974] C.T.C. 867, à la p. 869)

Était-il, alors, aux différentes époques en cause, un employé du syndicat ou, au contraire, selon la formule

subsection 83(3), was the syndicate at the material times his employer?

I think not. Keevil Mining Group Limited (hereafter KMG) was his regular employer throughout the period. That company paid him his salary. It charged Geophysical Engineering and Surveys Limited, and through it the syndicate, for the time Frantz spent on the project. The syndicate paid him nothing. The prospecting that was carried out was done because his employer, KMG, through Dr. Keevil had bidden him to do it. No witness testified that there had been any express agreement to transfer Frantz's employment to the syndicate for the particular project and in my opinion the evidence does not warrant the implication of such an agreement.

Urie, J.A., while agreeing with the reasons and conclusion of his brother Thurlow, added a few observations, the relevant one reading: ([1974] C.T.C. 867 at p. 871)

The findings of the learned trial judge, which are amply supported by the evidence and ought not to be disturbed by this Court, negate any possible conclusion that his employment was ever transferred to the syndicate by KMG, his regular employer. Evidence confirming that such a transfer occurred, if it did, could easily have been established by calling as a witness Dr. Keevil Sr., the person from whom Mr. Frantz normally took instructions during the course of his regular employment but Dr. Keevil did not testify.

I need not quote any authority for the proposition that this Court will not interfere to modify concurrent findings of fact unless we are satisfied that the decision of the learned trial judge was wrong and that there was no evidence on which he could have reached his conclusion. In the case at bar, appellant has failed to convince me that such is the situation. On the contrary, I am struck by the fact that the two principals to the alleged agreement whereby for a time the employment of Frantz was to be transferred from his regular employer KMG to the syndicate, one Keevil and one Kay, did not testify. It is true that the Solicitor who was acting for both of them was heard and stated that he had brought to the attention of his clients the necessities of s. 83(3), but the trial judge and the Court of Appeal were certainly entitled to find that this evidence was not strong enough to displace the basic relationship between

de l'article 83(3), le syndicat était-il aux époques en cause son employeur?

D'après moi, la réponse est négative. La Keevil Mining Group Limited (ci-après appelée KMG) était pendant toute cette période son véritable employeur et elle lui versait son salaire. Cette compagnie facturait à la Geophysical Engineering and Surveys Limited et, par son truchement, au syndicat les heures que Frantz consacrait au projet. Le syndicat ne lui versait rien. La prospection en cause se faisait à l'instigation de son employeur, la KMG, sur les directives de Keevil. Aucun témoin n'a révélé l'existence d'un accord formel rendant le syndicat employeur de Frantz pour le projet en cause et, selon moi, on ne peut déduire des éléments de preuve l'existence d'un accord de ce genre.

Le juge d'appel Urie, tout en étant d'accord avec les motifs et conclusions de son collègue le juge Thurlow, ajouta quelques observations dont la suivante: ([1974] C.T.C. 867, à la p. 871)

Les conclusions du savant juge de première instance, qui se trouvent amplement corroborées par la preuve et qui ne doivent pas être modifiées par cette cour, s'opposent à toute conclusion portant que la KMG, l'employeur régulier de Frantz, a transféré d'une façon quelconque sa qualité d'employeur au syndicat. On aurait pu aisément établir la preuve de l'existence de ce transfert, s'il avait eu lieu, en citant comme témoin Keevil père qui donnait ordinairement des directives à Frantz concernant son travail, mais Keevil n'a pas témoigné.

Je n'ai pas besoin de citer d'autorité quelconque pour dire que cette Cour ne doit pas intervenir pour modifier des conclusions concordantes sur les faits, à moins que nous ne soyons convaincus que la décision du savant juge de première instance était erronée et qu'il n'existait pas de preuve sur laquelle il pouvait fonder sa conclusion. En l'espèce, l'appelante n'a pas su me convaincre que telle était la situation. Bien au contraire, je suis frappé par le fait que Keevil et Kay, les deux parties principales aux prétendus accords selon lesquels, pour un temps, Frantz devait être transféré de son emploi régulier auprès de KMG à celui du syndicat, n'ont pas témoigné. Il est exact que l'avocat qui les représentait tous les deux fut entendu et déclara qu'il avait attiré l'attention de ses clients sur les exigences de l'art. 83(3), mais le juge de première instance et la Cour d'appel étaient certainement justifiés de conclure que cette

regular employer and regular employee.

For these reasons, I would adopt in its entirety the judgment of the Court of Appeal. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

SPENCE J. (*dissenting in part*)—This is an appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal pronounced on November 29, 1974. By that judgment, the Federal Court of Appeal dismissed an appeal from the judgment of Walsh J. pronounced on July 27, 1973. Walsh J. had dismissed an appeal from the judgment of the Tax Appeal Board pronounced on October 16, 1970, by which judgment the said Tax Appeal Board had confirmed the assessment for income tax purposes made by the Minister as to the tax years ending March 31, 1963 and 1965.

The original appeal of assessment was made by Keevil Consultants Limited, the taxpayer. However, as of November 30, 1972, Keevil Consultants Limited, Geophysical Engineering and Surveys Limited and Pinnacle Surveys Limited amalgamated and continued as one corporation under the name of Geophysical Engineering Limited, the present appellant. On September 28, 1973, Walsh J. made an order adding Geophysical Engineering Limited as an appellant, amended his reasons for judgment accordingly, and directed that proceedings be carried on as if Geophysical Engineering Limited had been substituted for the previous appellant Keevil Consultants Limited.

The judgment in the Federal Court was reported in [1973] C.T.C. 518, and the judgment of the Federal Court of Appeal was reported in [1974] C.T.C. 867. Both judgments contained extensive references to the facts and, therefore, I need only make brief reference to those circumstances which I wish to emphasize.

The appeal concerns the problem of whether the taxpayer was entitled to a deduction under the provisions of s. 83(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended by Statutes of Canada 1965, c. 18, s. 19. I quote s. 83(3):

preuve n'était pas suffisante pour déplacer la relation de base entre un employeur régulier et un employé régulier.

Pour ces motifs, j'adopterais en entier l'arrêt de la Cour d'appel. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

LE JUGE SPENCE (*dissident en partie*)—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale prononcé le 29 novembre 1974 par lequel elle rejetait un appel de la décision du juge Walsh rendue le 27 juillet 1973. Le juge Walsh avait rejeté un appel d'une décision de la Commission d'appel de l'impôt rendue le 16 octobre 1970 qui confirmait la cotisation aux fins d'impôt sur le revenu établie par le Ministre pour les exercices financiers se terminant les 31 mars 1963 et 1965.

L'appel initial contre la cotisation a été introduit par Keevil Consultants Limited, le contribuable. Toutefois, le 30 novembre 1972, Keevil Consultants Limited, Geophysical Engineering and Surveys Limited et Pinnacle Surveys Limited fusionnèrent et formèrent une compagnie unique sous le nom de Geophysical Engineering Limited, l'appelante actuelle. Le 28 septembre 1973, le juge Walsh rendait une ordonnance ajoutant Geophysical Engineering Limited comme appelante, modifiait en conséquence les motifs de son jugement et ordonnait que les procédures se poursuivent comme si Geophysical Engineering Limited avait été substituée à la précédente appelante, Keevil Consultants Limited.

Le jugement de la Cour fédérale est rapporté dans [1973] C.T.C. 518 et l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans [1974] C.T.C. 867. Les deux décisions contenaient d'amples références aux faits et, par conséquent, je n'ai besoin de me reporter que brièvement aux circonstances que je souhaite souligner.

Le pourvoi porte sur la question de savoir si le contribuable avait droit à une déduction en vertu des dispositions de l'art. 83(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, modifié par les Statuts du Canada 1965, c. 18, art. 19. Je cite l'art. 83(3):

An amount that would otherwise be included in computing the income for a taxation year of a person who has, either under an arrangement with the prospector made before the prospecting, exploration or development work or as employer of the prospector, advanced money for, or paid part or all of, the expenses of prospecting or exploring for minerals or of developing a property for minerals, shall not be included in computing his income for the year if it is the consideration for

- (a) an interest in a mining property acquired under the arrangement under which he made the advance or paid the expenses, or, if the prospector was his employee, acquired by him through the employee's efforts, or
- (b) shares of the capital stock of the corporation received by him in consideration for property described in paragraph (a) that he has disposed of to the corporation,

unless it is an amount received by him in the year as or on account of a rent, royalty or similar payment.

It is the contention of the appellant that one Joseph Conrad Frantz was a prospector within the definition of s. 83(1)(c), *supra*, and that 10,000 free shares and 90,000 escrowed shares of the capital stock of Silverfields Mining Corporation Limited were acquired by the appellant's predecessor Keevil Consultants Limited under an arrangement which the prospector made before the prospecting, exploration or development work or as an employer of the prospector and that, therefore, the income therefrom should not be computed in the income of the predecessor of the appellant, the said Keevil Consultants Limited, for the years 1963 and 1965. The profits on the sale of the said shares were taxed by the Minister as income and assessments made thereon in the amounts of \$9,532.19 for the year ending March 31, 1963, and \$105,138.46 for the year ending March 31, 1965.

Dr. Norman Keevil, Sr., was concerned with the direction of and owned either all or the substantial majority of the shares of a group of companies said to be some twenty in number, including Goldfields Mining Corporation Limited, Keevil Consultants Limited and Geophysical Engineering and Surveys

Un montant qui autrement entrerait dans le calcul du revenu pour une année d'imposition d'une personne ayant, soit en vertu d'une entente avec le prospecteur intervenue avant les travaux de prospection, d'exploration ou de développement, soit comme employeur du prospecteur, avancé de l'argent pour subvenir aux frais de prospection ou d'exploration pour trouver des minéraux, ou aux frais de développement d'une propriété en vue de trouver des minéraux, ou ayant payé une partie ou la totalité desdits frais, ne doit pas être inclus dans le calcul de son revenu pour l'année s'il représente la contrepartie

- a) d'un intérêt dans une propriété minière acquis d'après l'entente par laquelle elle a effectué l'avance ou payé les frais, ou, si le prospecteur était son employé, qu'elle a acquis par les efforts de l'employé, ou
- b) d'actions du capital social d'une corporation qu'elle a reçues en considération de la propriété décrite à l'alinéa a), dont elle a disposé en faveur de la corporation,

à moins que ce ne soit un montant qu'elle a reçu dans l'année à titre de loyer, de redevance ou de paiement analogue ou à valoir sur ceux-ci.

L'appelante prétend qu'un certain Joseph Conrad Frantz était un prospecteur au sens de l'art. 83(1)c) précité et que 10,000 actions libres et 90,000 actions entières du capital social de Silverfields Mining Corporation Limited avaient été acquises par le prédécesseur de l'appelante, Keevil Consultants Limited, en vertu d'une entente faite par le prospecteur avant les travaux de prospection, d'exploration ou de développement ou à titre d'employeur du prospecteur et, qu'en conséquence, le revenu en découlant ne devrait pas être inclus dans celui du prédécesseur de l'appelante, ladite Keevil Consultants Limited, pour les années 1963 et 1965. Les bénéfices réalisés sur la vente desdites actions furent taxés comme revenus par le Ministre et firent l'objet de cotisations pour des montants de \$9,532.19, pour l'exercice terminé le 31 mars 1963 et \$105,138.46, pour l'exercice terminé le 31 mars 1965.

M. Norman Keevil, père, était propriétaire de la totalité ou de la grosse majorité des actions d'un groupe de compagnies, une vingtaine en tout, y compris Goldfields Mining Corporation Limited, Keevil Consultants Limited et Geophysical Engineering and Surveys Limited. Il en assumait égale-

Limited. For the purpose of acting as a general agent and operator of those various companies, he had caused to be incorporated another corporation known as Keevil Mining Group Limited. This corporation had only administrative employees as its tasks were largely of such character with the exception of two men, the said Joseph Conrad Frantz and another, Boyko, who were both engineers. Both Frantz and Boyko spent about 50 per cent of their time in the field. As such, they were exposed to the possibility of injury in the carrying out of their duties while, of course, the administrative staff had no such peril. Therefore, the two companies, Keevil Mining Group Limited and Geophysical Engineering and Surveys Limited, made an arrangement whereby both men would also be shown as employees of the latter and that \$5,000 per year would be paid to each of them by the said Geophysical Engineering and Surveys Limited. The latter then billed Keevil Mining Group Limited for the said \$5,000 annual salary and also for the Workmen's Compensation Board assessment which it paid on behalf of those two men and was reimbursed by Keevil Mining Group Limited. Therefore, in truth, Joseph Conrad Frantz was only an employee of Keevil Mining Group Limited. In addition, however, he was a duly elected director of Geophysical Engineering and Surveys Limited as the Letters Patent of that company require one of its directors to be a professional engineer, a requirement which was said to have been exacted so that the word "engineering" could be used in its corporate name.

Another group of companies was controlled by Joseph H. Hirshhorn and associated with Mr. Hirshhorn in the operation of those companies was Stephen Kay. The same firm of solicitors acted as solicitors for both groups of companies and in that firm Sir Michael Butler was the member actively engaged in the legal affairs of both groups of companies. He knew that Mr. Hirshhorn was interested in silver properties in the Cobalt area of the Province of Ontario and he knew that Joseph Conrad Frantz had some interesting theories as to the possible existence of similar ore bodies on the east side of Lake Temiskaming in Fabre Township in the Province of Quebec. He, therefore, introduced Dr. Keevil and Mr. Kay, representing

ment la direction. Il constitua une autre compagnie, connue sous le nom de Keevil Mining Group Limited, pour agir en tant qu'agent général et gérant de ces diverses compagnies. A l'exception de deux personnes, ledit Joseph Conrad Frantz et un certain Boyko qui étaient tous deux ingénieurs, cette compagnie ne comptait que des employés de bureau, car ses attributions revêtaient un caractère largement administratif. Tant Frantz que Boyko passaient à peu près la moitié de leur temps sur le terrain. Ils étaient donc exposés à être blessés dans l'exercice de leurs fonctions, tandis que le personnel administratif ne courait évidemment pas ce danger. Les deux compagnies, Keevil Mining Group Limited et Geophysical Engineering and Surveys Limited, conclurent donc un accord selon lequel les deux hommes figureraient également comme employés de cette dernière qui verserait \$5,000 par an à chacun. Elle facturait alors à Keevil Mining Group Limited, qui la remboursait, ledit salaire annuel de \$5,000 de même que les cotisations prévues par la législation sur les accidents de travail qu'elle payait pour le compte de ces deux hommes. Par conséquent, Joseph Conrad Frantz était uniquement, en fait, un employé de Keevil Mining Group Limited. Il était, de plus, un administrateur dûment élu de Geophysical Engineering and Surveys Limited, car les lettres patentes de cette compagnie exigeaient que l'un de ses administrateurs soit un ingénieur professionnel, exigence imposée, dit-on, pour permettre l'utilisation du mot «engineering» dans la raison sociale.

Un autre groupe de compagnies était contrôlé par Joseph H. Hirshhorn qui les dirigeait avec la collaboration de Stephen Kay. Le même cabinet d'avocats agissait pour les deux groupes de compagnies et, au sein du cabinet, c'était Sir Michael Butler qui s'occupait activement de leurs affaires. Il savait que M. Hirshhorn s'intéressait à des mines d'argent dans la région de Cobalt en Ontario et que Joseph Conrad Frantz avait des théories intéressantes sur l'existence possible de gisements de minerai similaires sur la rive est du lac Témiscamingue dans le canton de Fabre, dans la province de Québec. En conséquence, il présenta M. Keevil à M. Kay, qui représentait les intérêts de Hirshhorn. Sir Michael Butler était d'avis que le

Hirshhorn interests. It was Sir Michael Butler's opinion that the Hirshhorn group had capabilities in the area of public companies which the Keevil Mining Group did not possess and that, therefore, their association might be of some mutual benefit.

The Hirshhorn group already had an option on the Reinhardt claims in South Lorraine in the Cobalt area and it was desirable to find other claims. When Mr. Kay and Dr. Keevil expressed an interest in the investigation of Frantz's theories as to possible mineralization in the Fabre Township area in Quebec, Sir Michael Butler was keenly aware of the provisions of s. 83 of the *Income Tax Act* and was insistent, therefore, that an individual prospector be chosen with whom an arrangement could be made under the provisions of the said section. Joseph Conrad Frantz was a natural choice under such circumstances in view of his previous knowledge of the Cobalt area and his theory as to possible mineralization in the Fabre Township area. Therefore, the matter was discussed by Sir Michael Butler, Dr. Keevil, Mr. Kay and Joseph Conrad Frantz on several occasions in the latter part of August 1962, and it is the opinion of Butler and Frantz that an arrangement was arrived at, and to quote Butler:

A. As I recall, in my presence Mr. Frantz was asked by Dr. Keevil and Mr. Kay to go up and put his theories to the test and see if he could acquire some claims for this group, so that there would be another property along with the Reinhardt property that would go into Silver Fields or such company as would be formed.

At or shortly after this time, Sir Michael Butler became concerned with the fact that as solicitor for both groups he was instrumental in having those groups enter into a very loose arrangement and there might have been a clash of interest thereafter which would certainly involve him and his firm in an almost untenable position. He, therefore, on the instructions of Mr. Kay and Dr. Keevil, caused to be drafted a document entitled "Memorandum of Agreement" which was dated August 30, 1962. I quote that document in full:

groupe Hirshhorn avait un potentiel dans le domaine des compagnies publiques que Keevil Mining Group ne possédait pas et que, par conséquent, leur association pouvait se faire à leur bénéfice mutuel.

Le groupe Hirshhorn avait déjà une option sur les claims miniers Reinhardt dans South Lorraine dans la région de Cobalt et il était souhaitable de s'assurer d'autres droits. Quand M. Kay et M. Keevil exprimèrent un intérêt dans l'étude des théories de Frantz sur l'existence possible de gisements miniers dans la région du canton de Fabre au Québec, Sir Michael Butler avait à l'esprit les dispositions de l'art. 83 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et insistait, par conséquent, pour que la prospection soit faite par un particulier avec lequel serait conclue une entente tenant compte des dispositions de l'article en question. Dans ces conditions, Joseph Conrad Frantz constituait le choix naturel en raison de sa connaissance de la région de Cobalt et de sa théorie sur l'existence possible de gisements dans la région du canton de Fabre. En conséquence Sir Michael Butler, M. Keevil, M. Kay et Joseph Conrad Frantz discutèrent de cette question à plusieurs reprises à la fin du mois d'août 1962 et Butler et Frantz sont d'avis qu'on était parvenu à une entente. Je cite Butler:

[TRADUCTION] R. Autant qu'il m'en souviene, en ma présence, M. Keevil et M. Kay demandèrent à M. Frantz d'aller sur les lieux mettre ses théories à l'épreuve et de voir s'il pouvait acquérir quelques claims pour le groupe, de façon à ce qu'il y ait une autre propriété qui, avec celle de Reinhardt, s'incorporerait dans Silverfields ou toute autre compagnie qui serait constituée.

A cette époque ou peu de temps après, Sir Michael Butler s'inquiéta du fait que, comme avocat des deux groupes, il avait contribué à les faire parvenir à un accord très lâche et qu'il pourrait survenir par la suite un conflit d'intérêts qui le placerait, ainsi que ses associés, dans une position presque intenable. Conséquemment, sur les instructions de MM. Kay et Keevil, il fit préparer un document intitulé «Convention», qui fut daté du 30 août 1962. Je cite ce document en entier:

MEMORANDUM OF AGREEMENT

Pursuant to discussions between us over the past two days, we, the undersigned, agree jointly to cause to be staked and recorded unpatented mining claims in Fabre Township, Quebec, covering an area of apparent mineralization therein on the shores of Lake Temiskaming as indicated by Mr. J. C. Frantz, the scope of such staking to be designated by him.

It is further agreed that we shall own beneficially the properties so staked, and shall be responsible for the costs of the staking and recording of the same (and associated expenses) in the following proportions, namely:

Goldfields Mining Corporation Limited	—	3/7ths
Joseph H. Hirshhorn	—	3/14ths
Mrs. Stephen Kay	—	23/140ths
Keevil Consultants Limited	—	1/7th
Penelope Explorations Limited	—	1/40th
United Reef Petroleum Limited	—	1/40th

In the event that it may be decided to dispose of these properties in the future and any one or more of us may be unavailable to execute any agreements or documents of transfer in this respect, we each hereby severally appoint Goldfields Mining Corporation Limited trustee to hold the said properties on our respective parts and to dispose of the same as agent for us in the proportions above set out, and we hereby each appoint Goldfields Mining Corporation Limited our respective attorney for these purposes, this Memorandum constituting its full and complete authority in this regard.

This Memorandum may be signed in a number of counterparts for convenience, in which case all of such counterparts shall form our complete agreement in this regard.

DATED this 30th day of August, 1962.

)	GOLDFIELDS MINING CORPORATION LIMITED
)	Per: _____
)	Vice-President
)	Per: _____
)	Joseph H. Hirshhorn
)	Per: _____
)	Mrs. Stephen Kay
)	KEEVIL CONSULTANTS LIMITED
)	Per: _____
)	President

Witness to the signature of Joseph H. Hirshhorn)

Witness to the signature of Mrs. Stephen Kay)

[TRADUCTION] CONVENTION

Faisant suite à nos entretiens des deux derniers jours, nous, soussignés, convenons conjointement de faire jalonner et enregistrer des claims miniers non concédés dans le canton de Fabre, Québec, couvrant la superficie des gisements probables sur les rives du lac Témiscamingue indiqués par M. J. C. Frantz, l'étendue dudit jalonnement devant être précisée par ce dernier.

Il est de plus convenu que nous aurons un droit réel sur les propriétés ainsi jalonnées et assumerons les frais de leur jalonnement et de leur enregistrement (et des dépenses connexes) dans les proportions suivantes, à savoir:

Goldfields Mining Corporation Limited	—	3/7 ^{èmes}
Joseph H. Hirshhorn	—	3/14 ^{èmes}
M ^{me} Stephen Kay	—	23/140 ^{èmes}
Keevil Consultants Limited	—	1/7 ^{ème}
Penelope Explorations Limited	—	1/40 ^{ème}
United Reef Petroleum Limited	—	1/40 ^{ème}

Pour le cas où il pourrait être décidé, dans l'avenir, de disposer de ces propriétés et que l'un ou plusieurs d'entre nous ne soit pas disponible pour signer les contrats ou documents de transfert dans ce but, chacun d'entre nous nomme respectivement par les présentes, Goldfields Mining Corporation Limited fiduciaire pour détenir nos parts respectives dans les susdites propriétés et pour en disposer, en tant que notre agent, dans les proportions indiquées ci-dessus et, par les présentes, chacun d'entre nous nomme Goldfields Mining Corporation Limited comme son mandataire respectif à ces fins, cette convention lui conférant des pouvoirs pleins et entiers à cet égard.

Cette convention peut être signée, par commodité, en plusieurs exemplaires, auquel cas, chaque exemplaire fera foi de notre accord total à cet égard.

DATÉ le 30 août 1962.

)	GOLDFIELDS MINING CORPORATION LIMITED
)	Pour: _____
)	Vice-président
)	Pour: _____
)	Joseph H. Hirshhorn
)	Pour: _____
)	Mme Stephen Kay
)	KEEVIL CONSULTANTS LIMITED
)	Pour: _____
)	Président

Témoïn de la signature de Joseph H. Hirshhorn)

Témoïn de la signature de Mme Stephen Kay)

)
) PENELOPE
) EXPLORATIONS
) LIMITED
) Per: _____
) President
)
) UNITED REEF
) PETROLEUMS
) LIMITED
)

)
) PENELOPE
) EXPLORATIONS
) LIMITED
) Pour: _____
) Président
)
) UNITED REEF
) PETROLEUMS
) LIMITED
)

It is to be noted that it purports to be an agreement between Goldfields Mining Corporation Limited, Joseph H. Hirshhorn, Mrs. Stephen Kay, Keevil Consultants Limited, Penelope Explorations Limited, and United Reef Petroleum Limited. Mrs. Stephen Kay is the wife of Stephen Kay, and Sir Michael Butler agrees that she never instructed him personally but that her interest was represented by her husband throughout. Penelope Explorations Limited and United Reef Petroleum Limited were both Hirshhorn companies. It is to be noted further that the agreement does not refer to a contract between Joseph Conrad Frantz and the signatories thereof and Frantz was not a party. It is an agreement, in short, for the ownership of claims to be staked under the direction of Joseph Conrad Frantz between the various signatories, individual and corporate, and also an agreement that conveyances of those properties, if and when they were staked under Frantz's direction, could be made by Goldfields Mining Corporation Limited as agent for and on behalf of the other signatories. The latter provision, Sir Michael Butler states, was included because it would have been difficult to obtain execution of the numerous documents which the conveying of such interests would entail and Goldfields Mining Corporation Limited being one of the Keevil group with offices very convenient to Sir Michael Butler, the conveyances could easily be accomplished by virtue of this provision.

Sir Michael Butler was emphatic in his evidence that this agreement was not and did not purport to be the arrangement referred to in s. 83. It was not, in fact, an arrangement with Joseph Conrad Frantz at all. That latter arrangement was made verbally and is summarized in the above quotation from Sir Michael Butler's evidence. Joseph Conrad Frantz acted on that arrangement. He had, in fact, commenced his course of action prior

Il faut souligner que cette convention est présentée comme étant un accord entre Goldfields Mining Corporation Limited, Joseph H. Hirshhorn, M^{me} Stephen Kay, Keevil Consultants Limited, Penelope Explorations Limited et United Reef Petroleum Limited. Mme Stephen Kay est l'épouse de Stephen Kay et Sir Michael Butler convient qu'elle ne lui a jamais donné d'instructions personnellement, mais que ses intérêts étaient toujours représentés par son mari. Penelope Explorations Limited et United Reef Petroleum Limited étaient toutes deux des compagnies Hirshhorn. Il faut également souligner que la convention ne mentionne pas de contrat entre Joseph Conrad Frantz et les signataires et que Frantz n'y était pas partie. En résumé, il s'agit d'une convention entre les divers signataires, personnes physiques ou morales, ayant pour objet la propriété de claims à être jalonnés sous la direction de Joseph Conrad Frantz. Cette convention prévoit également que la cession de ces propriétés, une fois jalonnées sous la direction de Frantz, pourra être faite par Goldfields Mining Corporation Limited comme mandataire des autres signataires. Sir Michael Butler déclare que cette dernière disposition fut incluse parce qu'il aurait été difficile d'obtenir la signature des nombreux documents que les cessions de ces propriétés entraîneraient; que Goldfields Mining Corporation Limited appartenant au groupe Keevil et ayant des bureaux très accessibles à Sir Michael Butler, cette stipulation permettrait d'effectuer les cessions sans problème.

Sir Michael Butler a affirmé catégoriquement dans son témoignage que cette convention n'était pas et ne prétendait pas être une entente aux termes de l'art. 83. Ce n'était pas du tout, en fait, une entente avec Joseph Conrad Frantz. Cette entente avait été faite verbalement et elle est reprise dans la citation précitée de la déposition de Sir Michael Butler. Joseph Conrad Frantz a agi sur la base de cette entente. Il avait, en fait,

to the 30th of August 1962. He first studied the maps in the material in reference to the area and concluded that if his on-the-ground inspection justified such a course twenty-nine claims in Fabre Township should be staked. Joseph Conrad Frantz had no mining licence from the Province of Quebec. Moreover, he was not skilled in the manual task of staking. He was a geological engineer. It was, therefore, more efficient that the actual work of staking be done by someone else. Again, it was natural to choose a Keevil company and Geophysical Engineering and Surveys Limited was that agent readily available. Therefore, on August 28, 1962, i.e., two days before the execution of the aforementioned agreement, Frantz had informed the North Bay office of Geophysical Engineering and Surveys Limited that he would require certain claims to be staked, and notations in the records of that company indicate that it had notice of the task which was to be assigned to it on that date.

Frantz then proceeded with his in-the-field work and on September 1 and 2, 1962, he went to Fabre Township and went over the ground doing the ordinary work of a prospector. On September 3, he went with another Geophysical Engineering and Surveys Limited employee, Flanigan, over the Reinhardt claims, and on September 4, he returned to Toronto stopping en route at the Geophysical Engineering and Surveys Limited office in North Bay and giving detailed instructions as to the claims to be staked. These claims were staked by and in the names of various persons who held miners' licences in Quebec and the claims were recorded in the proper office. Those claims were later transferred directly from the persons in whose names they had been recorded to Silverfields Mining Corporation Limited, the purchaser thereof. That company, in consideration for the claims, issued 700,000 shares and those shares were divided in accordance with the percentages set out in the agreement which I have quoted, so that 10,000 free shares and 90,000 escrowed shares were issued to Keevil Consultants Limited. It is the profit upon the sale of those shares with which this appeal is concerned.

entamé les travaux avant le 30 août 1962. Il étudia d'abord les cartes de la région en question et conclut que si son inspection sur les lieux le justifiait, vingt-neuf claims dans le canton de Fabre seraient jalonnés. Joseph Conrad Frantz ne disposait pas d'un permis minier de la province de Québec. De plus, il n'était pas spécialisé dans le travail de jalonnement proprement dit. Il était ingénieur en géologie. Il était donc plus efficace de faire faire le jalonnement par quelqu'un d'autre. De nouveau, il était naturel de recourir à une compagnie Keevil, en l'occurrence, Geophysical Engineering and Surveys Limited. En conséquence, le 28 août 1962, c'est-à-dire deux jours avant la signature de la convention précitée, Frantz avait informé les bureaux de North Bay de Geophysical Engineering and Surveys Limited qu'il demanderait que certains claims soient jalonnés et les registres de cette compagnie montrent qu'elle avait pris note des travaux qu'on lui avait demandé de faire à cette date.

Frantz commença alors son travail sur les lieux et les 1^{er} et 2 septembre 1962, il se rendit dans le canton de Fabre pour reconnaître le terrain, activité habituelle d'un prospecteur. Le 3 septembre, avec un autre employé de Geophysical Engineering and Surveys Limited, Flanigan, il alla reconnaître les claims de Reinhardt et le 4 septembre, il retourna à Toronto, s'arrêtant en route aux bureaux de Geophysical Engineering and Surveys Limited à North Bay où il donna des instructions détaillées au sujet des claims à jalonner. Ces claims furent jalonnés par diverses personnes détenant des permis miniers au Québec ou en leur nom et enregistrés au bureau compétent. Ces claims furent plus tard transférés directement des personnes aux noms desquelles ils avaient été enregistrés, à Silverfields Mining Corporation Limited, leur acheteur. En contrepartie des claims, cette compagnie émit 700,000 actions qui furent réparties conformément aux pourcentages établis dans la convention que j'ai déjà citée. Ainsi 10,000 actions libres et 90,000 actions entières furent attribuées à Keevil Consultants Limited. C'est le profit réalisé sur la vente de ces actions qui fait l'objet de ce pourvoi.

Frantz had been accustomed, on other occasions, to utilizing the services of Geophysical Engineering and Surveys Limited in his work both for Keevil Mining Group Limited and the other Keevil companies. Whenever he did so, he caused to be set up in the records and accounts of Geophysical Engineering and Surveys Limited an account in the name of Keevil Mining Group Limited or whichever Keevil company for which he was performing the particular service. On this occasion, Frantz particularly instructed the Geophysical Engineering and Surveys Limited to set up an account in his own name and the account was set up in the name of Joseph Conrad Frantz. The various charges and disbursements made by Geophysical Engineering and Surveys Limited in connection with the staking were entered in that account and, in addition, a variety of other items, all of some considerable importance in determining this appeal.

Keevil Mining Group Limited paid Frantz's salary at the ordinary rate but then charged that payment to Geophysical Engineering and Surveys Limited and such charge was entered in the said account in the name of Joseph Conrad Frantz. Also, Joseph Conrad Frantz's actual expenses for such matters as travel, hotel accommodation, etc., were similarly entered. The total of that account was \$1,118.29. When Geophysical Engineering and Surveys Limited were ready to bill Joseph Conrad Frantz for this amount, he instructed that company to bill the various persons and companies who, under the provisions of the agreement which I have quoted, were to own an allocate part of the properties staked with an allocate share of that account. It was the ordinary course of Geophysical Engineering and Surveys Limited to charge the usual staking fee of \$50 per claim. In this case, Geophysical Engineering and Surveys Limited chose to fix the total fee at \$40 per claim and divided the sum of \$1,160 between the various parties to the agreement. Although Mr. David Brown, who was the secretary or secretary-treasurer of all the Keevil companies, had no exact memory of why this reduced fee should be charged, it was his conjecture that it was for the reason that Dr. A. R. Clarke, the president of Geophysical Engineering and Surveys Limited,

Frantz avait pris l'habitude, en d'autres occasions, d'utiliser les services de Geophysical Engineering and Surveys Limited dans son travail tant pour Keevil Mining Group Limited que pour les autres compagnies Keevil. Il faisait alors établir dans les registres et la comptabilité de Geophysical Engineering and Surveys Limited un compte au nom de Keevil Mining Group Limited ou de toute autre compagnie Keevil pour laquelle il exécutait ce travail particulier. En l'espèce, il donna spécifiquement des instructions à Geophysical Engineering and Surveys Limited d'ouvrir un compte en son nom personnel, ce qui fut fait. Les divers frais et dépenses de jalonnement engagés par Geophysical Engineering and Surveys Limited furent portés à ce compte, de même qu'un éventail d'autres montants, tous d'une considérable importance pour l'issue de ce pourvoi.

Keevil Mining Group Limited payait à Frantz son salaire, au taux habituel, et débitait ensuite Geophysical Engineering and Surveys Limited qui portait ce salaire au compte de Joseph Conrad Frantz. Les frais de voyage, d'hôtel, etc., de Joseph Conrad Frantz suivaient le même cheminement. Ce compte totalisa \$1,118.29. Quand Geophysical Engineering and Surveys Limited voulut facturer cette somme à Joseph Conrad Frantz, il lui donna instruction de facturer aux diverses personnes et compagnies qui, en vertu des dispositions de la convention que j'ai citée, devaient être propriétaires d'une partie des biens jalonnés et assumer une partie du compte précité. Geophysical Engineering and Surveys Limited percevait ordinairement pour le jalonnement l'honoraire usuel de \$50 par claim. Dans ce cas, Geophysical Engineering and Surveys Limited décida de fixer le total des honoraires à \$40 par claim et de diviser la somme \$1,160 entre les diverses parties à la convention. Bien que M. David Brown, qui était secrétaire ou secrétaire-trésorier de toutes les compagnies Keevil, ne se rappelle pas exactement pourquoi les honoraires avaient été réduits, il suppose que c'était parce que M. A. R. Clarke, président de Geophysical Engineering and Surveys Limited, croyant qu'il s'agissait de l'entreprise personnelle de Joseph C. Frantz, décida d'accorder à ce dernier un rabais.

believing that it was Joseph C. Frantz's personal venture, determined to give Frantz a discount. I find this significantly indicating that Geophysical Engineering and Surveys Limited had nothing whatsoever to do with the venture or had no interest therein and were simply carrying out staking services upon the instructions of Mr. Frantz. Keevil Consultants Limited paid the allocated share of that \$1,160 charge.

Keevil Mining Group Limited were billed for nothing and paid nothing. Keevil Mining Group Limited received no part of the 700,000 shares issued by Silverfields in payment for the claims.

It must be remembered, as I have pointed out, that Joseph Conrad Frantz was a full-time employee of Keevil Mining Group Limited, although listed as an employee of Geophysical Engineering and Surveys Limited for the two purposes I have already outlined, i.e., the use of his name as an engineer in the directorate and the covering of him for workmen's compensation purposes. Geophysical Engineering and Surveys Limited made no payment toward the disbursements and received no shares of Silverfields Mining Corporation.

At the hearing of the appeal before Walsh J. in the Federal Court, three persons only gave evidence for the present appellant and no one gave evidence on behalf of the Minister. Those three persons were Sir Michael Butler, whose evidence I have used throughout these reasons, David S. Brown, the man in charge of accounting for the Keevil companies, and Joseph Conrad Frantz, the geological engineer. In his reasons for judgment, Walsh J. said:

... in fact, it was common ground during the argument in the present case that the three witnesses who testified had all been exceptionally frank and honest in their testimony, but, nevertheless, the evidence could be so polished and the emphasis changed that conceivably a different conclusion might be reached.

The latter comment had reference to a decision as to the same transaction made by the Chief Justice of the Federal Court.

Counsel for the Minister, Walsh J. noted, had conceded in argument that Mr. Frantz was doing

Je conclus que cela indique d'une façon significative que Geophysical Engineering and Surveys Limited n'avait rien à faire avec l'entreprise ou n'y avait aucun intérêt et faisait simplement des travaux de jalonnement sur les instructions de M. Frantz. Keevil Consultants Limited paya sa part des \$1,160 de frais.

Keevil Mining Group Limited ne fut pas facturée et ne fit aucun paiement. Elle ne reçut aucune part des 700,000 actions émises par Silverfields en règlement des claims.

On se souviendra, comme je l'ai souligné, que Joseph Conrad Frantz était un employé à plein temps de Keevil Mining Group Limited, bien qu'il figurât comme employé de Geophysical Engineering and Surveys Limited dans les deux buts que j'ai déjà mentionnés, c'est-à-dire, pour employer son nom comme ingénieur au sein du conseil d'administration et pour lui permettre d'être couvert par la législation sur les accidents de travail. Geophysical Engineering and Surveys Limited ne fit aucun paiement en règlement des frais et ne reçut aucune action de Silverfields Mining Corporation.

A l'audition de l'appel devant le juge Walsh, en Cour fédérale, trois personnes seulement déposèrent pour la présente appelante et nul ne déposa au nom du Ministre. Les trois personnes étaient Sir Michael Butler, dont j'ai utilisé la déposition tout au long de ces motifs, David S. Brown, la personne chargée de la comptabilité des compagnies Keevil et Joseph Conrad Frantz, l'ingénieur en géologie. Dans ses motifs le juge Walsh dit:

... en fait, pendant les débats de l'affaire présente, il est établi que les trois témoins ont été exceptionnellement francs et honnêtes; néanmoins, on pourrait améliorer la preuve et mettre l'accent sur d'autres points, de sorte qu'il soit concevable d'en tirer une conclusion différente.

Ce dernier commentaire se rapportait à une décision du Juge en chef de la Cour fédérale au sujet de la même opération.

Le juge Walsh souligna qu'au cours des plaidoiries, l'avocat du Ministère avait admis que M.

prospecting work but, despite the clear acceptance of the evidence of the only witnesses who testified, came to the conclusion that Frantz was and remained in the employ of the Keevil Mining Group Limited, and the fact that the appellant (then Keevil Consultants Limited) was one of a group of companies associated with Keevil Mining Group Limited and for whom Keevil Mining Group Limited rendered accounting and other services did not make Frantz an employee of Keevil Consultants Limited. Walsh J., therefore, dismissed the appeal. That dismissal was affirmed by the Federal Court of Appeal, Thurlow J., as he then was, and Urie J. rendering concurring reasons.

It was, of course, the unanimous opinion of all the judges below that Frantz was not, within the words of s. 83, an individual who prospects or explores for minerals or develops a property for minerals on behalf of himself. With that decision, I am in total agreement. Joseph Conrad Frantz had no personal interest whatsoever in the claims or in the profit which resulted from the sale of the shares paid for those claims. He received, throughout, his ordinary salary at the ordinary rate. It is true that in the evidence there were rather inexact and undetailed references to the hope or expected reward or bonus which, at Dr. Keevil's sole discretion, had been paid to Frantz on other occasions and which he might receive in reference to the transaction presently under consideration but no reliance whatsoever could be placed on such vague theorizing.

Both courts below, however, held that Frantz was and continued to be a full-time employee of the Keevil Mining Group. It is perfectly true that Frantz received his salary at the same rate from the same payer, Keevil Mining Group Limited, but the part of that salary applicable to the time which Frantz spent on the venture in reference to those twenty-nine claims in Fabre Township was charged back by Keevil Mining Group Limited to the account in the name of Joseph Conrad Frantz in the books of Geophysical Engineering and Surveys Limited and made up part of the \$1,189.29, the total of that account.

Frantz faisait de la prospection. Mais, tout en acceptant intégralement la preuve fournie par les quelques témoins, il en vint à la conclusion que Frantz était employé par Keevil Mining Group Limited et le restait, et qu'il ne devenait pas un employé de Keevil Consultants Limited du fait que l'appelante (alors Keevil Consultants Limited) appartenait au groupe de compagnies associées à Keevil Mining Group Limited auxquelles cette dernière fournissait des services comptables et autres. En conséquence, le juge Walsh rejeta l'appel. Sa décision fut confirmée par la Cour d'appel fédérale, les motifs du juge Thurlow, maintenant juge en chef adjoint, et du juge Urie étant concordants.

Les juges des tribunaux d'instance inférieure étaient bien sûr unanimement d'avis que Frantz n'était pas, au sens de l'art. 83, un particulier qui prospecte ou explore pour trouver des minéraux ou développe une propriété en vue de trouver des minéraux, pour son compte. Je suis totalement d'accord avec cette décision. Joseph Conrad Frantz n'avait aucun intérêt personnel dans les claims ou dans le profit qui a résulté de la vente des actions livrées en règlement de ces claims. Il a toujours reçu son salaire normal, au taux habituel. Il est vrai que dans la preuve, il y a eu des allusions plutôt inexactes et vagues à une récompense ou à une gratification espérée ou attendue que M. Keevil, à sa seule discrétion, avait payée à Frantz en d'autres occasions et qu'il aurait pu recevoir pour l'opération en cause; mais on ne saurait de quelque façon s'appuyer sur une hypothèse aussi vague.

Toutefois, les tribunaux d'instance inférieure ont jugé que Frantz était et continuait d'être un employé à plein temps de Keevil Mining Group. Il est parfaitement exact que Frantz recevait son salaire au même taux et du même payeur, Keevil Mining Group Limited, mais la partie de ce salaire applicable à la période que Frantz consacra à l'entreprise ayant pour objet les vingt-neuf claims dans le canton de Fabre, fut débitée par Keevil Mining Group Limited au compte de Joseph Conrad Frantz dans les livres de Geophysical Engineering and Surveys Limited. Ceci constituait une partie des \$1,189.29 du total de ce compte.

It is true that there was no formal assignment or transfer of Frantz's services from Keevil Mining Group Limited to the syndicate whose names are set out in the agreement which I have quoted, but no such formal assignment is necessary and what determines the matter is the intention of the parties: *Mersey Docks and Harbour Board v. Coggins*³, at pp. 349 and 354. The controlling mind in all of the Keevil Mining Group of companies was Keevil himself and it was the unanimous testimony of the only three witnesses who gave evidence that Dr. Keevil had ordered Frantz to carry out this work for the syndicate. Sir Michael Butler made it abundantly plain to Dr. Keevil that whoever was to do the prospecting had to be an individual prospector and not a company. Therefore, Dr. Keevil would have had it plainly in his mind that Frantz, when carrying out the duties which Dr. Keevil directed him to carry out, must have been acting as such individual person and not an employee of Keevil Mining Group Limited. It was, of course, necessary, that Frantz himself assent to this transfer of his services and certainly there can be no doubt from Frantz's evidence that he did so. Moreover, I can find no indication otherwise from the documentation and, in fact, every indication that this was the intention of all persons. I regard the circumstance that Frantz caused to be set up in the books of Geophysical Engineering and Surveys Limited an account in his own name and not in the name of Keevil Mining Group Limited as most indicative of this position. I regard Frantz's direction to Geophysical Engineering and Surveys Limited to bill that account out to the members of the syndicate again as indicative of Frantz's assent to the transfer of his services and the payment of the account in allocate shares by the various members of the syndicate as again indicative that all parties had agreed that Frantz would be the prospector prospecting on behalf of the syndicate and not on behalf of either Keevil Mining Group Limited or Geophysical Engineering and Surveys Limited.

It is true that the parties to the agreement of August 30, 1962 having determined that Frantz should carry out the prospecting on their behalf

³ [1946] 2 All E.R. 345.

Il est exact que Frantz n'a pas été officiellement transféré de Keevil Mining Group Limited au syndicat dont les membres sont énumérés dans la convention précitée, mais un transfert officiel n'est pas nécessaire et c'est l'intention des parties qui est décisive sur ce point: *Mersey Docks and Harbour Board c. Coggins*³ aux pp. 349 et 354. Le cerveau du groupe des compagnies Keevil était Keevil lui-même et les trois seuls témoins qui ont déposé ont été unanimes à déclarer que M. Keevil avait ordonné à Frantz d'entreprendre ce travail pour le syndicat. Sir Michael Butler avait clairement indiqué à M. Keevil que la personne choisie pour faire la prospection devait être un particulier et non une compagnie. Partant, M. Keevil considérait certainement que Frantz, en accomplissant le travail qu'il lui avait confié, agissait en tant qu'individu et non comme employé de Keevil Mining Group Limited. Il était nécessaire, évidemment, que Frantz lui-même consente au transfert de ses services et il n'est pas douteux que son témoignage établit son accord à ce sujet. De plus, je ne trouve aucune indication contraire dans le dossier, mais par contre, tous les indices que telle était l'intention de toutes les parties. Je considère le fait que Frantz ait fait ouvrir un compte à son propre nom dans les livres de Geophysical Engineering and Surveys Limited et non à celui de Keevil Mining Group Limited comme des plus significatifs à cet égard. Je considère également les instructions de Frantz à Geophysical Engineering and Surveys Limited de facturer le compte aux membres du syndicat comme dénotant son consentement au transfert de ses services. Le règlement du compte au prorata de leurs parts par les divers membres du syndicat constitue également une indication que toutes les parties avaient accepté que Frantz prospecterait pour le compte du syndicat et non pour celui de Keevil Mining Group Limited ou de Geophysical Engineering and Surveys Limited.

Il est vrai que les parties à la convention du 30 août 1962, ayant décidé que Frantz devait prospecter pour le compte, ont convenu par écrit de

³ [1946] 2 All E.R. 345.

entered into an agreement in writing to allocate the shares of both cost and ownership between members of the syndicate but failed to create any writing whatsoever outlining Frantz's part. I am of the opinion that that failure is not fatal to the claim of the appellant.

Section 83(3) speaks of "an arrangement with the prospector made before the prospecting, exploration or development work or as employer of the prospector ...". I see no requirement from those words that there be an agreement in writing and, in fact, practical experience would have told the legislator that very few of such arrangements are in writing or even carried out with any degree of formality. The necessity for writing in the present case arose in the mind of the solicitor, Butler, not in reference to what may well be termed a "grub staking" of Frantz but as to the division of the costs and the profits between two different and independent groups of investors. The word "arrangement" was considered by the Judicial Committee in *Newton v. Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia*⁴. There, the Judicial Committee was concerned with the words appearing in the *Commonwealth Income Tax and Social Services Contribution Assessment Act, 1936-51, Division 7, s. 260(c)*:

Every contract, agreement, or arrangement made or entered into, orally or in writing, whether before or after the commencement of this Act, shall so far as it has or purports to have the purpose or effect of in any way, directly or indirectly ...

Lord Denning, in giving the judgment of the Committee, said at p. 763:

Their Lordships are of opinion that the word "arrangement" is apt to describe something less than a binding contract or agreement, something in the nature of an understanding between two or more persons—a plan arranged between them which may not be enforceable at law. But it must in this section comprehend, not only the initial plan, but also all the transactions by which it is carried into effect—all the transactions, that is, which have the effect of avoiding taxation, be they conveyances, transfers or anything else.

⁴ [1958] 2 All E.R. 759.

partager tant les dépenses que le droit de propriété entre les membres du syndicat mais ont omis d'établir un écrit quelconque indiquant le rôle de Frantz. Je suis d'avis que ce manquement n'est pas fatal à la réclamation de l'appelante.

L'article 83(3) parle «d'une entente avec le prospecteur intervenue avant les travaux de prospection, d'exploration ou de développement, soit comme employeur du prospecteur ...». A mon avis, ces termes n'exigent pas l'existence d'une entente écrite et, en fait, l'expérience aurait indiqué au législateur que très peu de ces ententes sont faites par écrit ou sont même exécutées avec la moindre formalité. En l'espèce, la nécessité d'un écrit a germé dans l'esprit de l'avocat, Butler, non pas en rapport avec la question de «commanditer» Frantz, mais parce qu'il fallait répartir les coûts et les profits entre deux groupes différents et indépendants d'investisseurs. Le mot «entente» a été analysé par le Comité judiciaire dans *Newton v. Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia*⁴. Dans cette affaire, le Comité judiciaire étudiait le libellé de la *Commonwealth Income Tax and Social Services Contribution Assessment Act, 1936-51, c. 7, art. 260(c)*:

[TRADUCTION] Tout contrat, accord ou entente fait, verbalement ou par écrit, que ce soit avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi, sera, pour autant qu'il a ou est censé avoir le but ou l'effet, de quelque façon que ce soit, directement ou indirectement ...

Lord Denning, en rendant le jugement du Comité, dit à la p. 763:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries sont d'avis que le mot «entente» est de nature à décrire quelque chose moindre qu'un contrat ou un accord obligatoire—une sorte d'arrangement entre deux ou plusieurs personnes—un plan convenu entre elles qui peut ne pas être sanctionnée en droit. Cependant, dans cet article, elle doit comprendre, non seulement le plan initial, mais aussi toutes les opérations par lesquelles elle est mise en œuvre—c'est-à-dire toutes les opérations qui ont pour effet d'éviter l'imposition, qu'il s'agisse de cessions, de transferts ou d'autre chose.

⁴ [1958] 2 All E.R. 759.

So, in the present case, the word "arrangement" in s. 83(3) of the *Income Tax Act*, in my view, covers the plan of operation worked out between the syndicate and Frantz whereby Dr. Keevil consented in Frantz leaving the performance of his duties as servant of the Keevil Mining Group Limited and assuming specific duties for the syndicate and Frantz assented to this transfer accepting his regular salary as compensation for the performance of such duties.

I am, therefore, of the opinion that the appeal should be allowed with costs in this Court and in the courts below, and that it should be declared that the appellant is entitled to a deduction of the amounts aforesaid in its 1963 and 1965 assessments for income tax purposes.

Appeal dismissed with costs, SPENCE J. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Lang, Michener, Cranston, Farquarson & Wright, Toronto.

Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Ottawa.

A mon avis, en l'espèce, le mot «entente» à l'art. 83(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* couvre le plan convenu entre le syndicat et Frantz selon lequel M. Keevil consentait à ce que Frantz quitte son travail comme préposé de Keevil Mining Group Limited et assume des fonctions spécifiques pour le syndicat, Frantz ayant consenti à ce transfert en acceptant son salaire régulier en rémunération des fonctions précitées.

En conséquence, je suis d'avis que ce pourvoi devrait être accueilli avec dépens devant cette Cour et devant les cours d'instance inférieure et qu'il devrait être déclaré que l'appelante a droit à la déduction des montants ci-dessus mentionnés dans ses cotisations d'impôt sur le revenu pour les années 1963 et 1965.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge SPENCE dissident en partie.

Procureurs de l'appelante: Lang, Michener, Cranston, Farquarson & Wright, Toronto.

Procureur de l'intimé: D. S. Thorson, Ottawa.

**The School Commissioners of the Region of
Louis Fréchette (Defendant) Appellant;**

and

**Dame Jeannette Breton (Plaintiff)
Respondent.**

1976: May 27; 1976: October 5.

Present: Judson, Ritchie, Spence, Pigeon and
de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Expropriation — Joint owner of expropriated land
not party to proceedings — Right to be heard —
Written notice waived — Proceedings acquiesced in —
Validity of expropriation against all owners.*

Respondent and her husband, separate as to property by a marriage contract, were the joint owners of a piece of land that appellant expropriated, resulting in a total indemnity of \$30,000, which was duly paid. By mistake, however, only respondent's husband was expressly a party to these proceedings, and the cheque in payment of the indemnity was sent to him alone. Later, respondent maintained that she and appellant were both joint owners of the land on which the school had now been built, and began proceedings to obtain a partition of the property. The Superior Court dismissed the action, but the judgment was quashed by the Court of Appeal which ordered assessment, liquidation and partition of the property.

Held: The appeal should be allowed, but appellant is condemned to pay respondent the sum of \$15,000.

The facts show without a doubt that appellant's purpose was to expropriate all of the land jointly owned by respondent and her husband, not merely the interest of respondent's husband in that land. Respondent always understood that this was the intention of appellant and, at all times, thought of the expropriation proceedings, apparently directed against her husband alone, as in fact directed against the joint owners of the land, that is, against her and her husband.

In principle, an expropriation proceeding must be in strict conformity with the law, and especially, be clearly addressed to the person whom the authorities wish to deprive of property. No exception must be made to this principle except in extraordinary cases where it is clear that the error of the expropriating body could not have deprived the party being expropriated of the right to be heard and to make all representations which concern it.

**Les Commissaires d'école de la Régionale
Louis Fréchette (Défenderesse) Appelante;**

et

**Dame Jeannette Breton (Demanderesse)
Intimée.**

1976: le 27 mai; 1976: le 5 octobre.

Présents: Les juges Judson, Ritchie, Spence Pigeon et de
Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Expropriation — Copropriétaire indivis du terrain
exproprié non partie aux procédures — Droit d'être
entendu — Renonciation à l'avis écrit — Acquiesce-
ment aux procédures — Validité de l'expropriation
contre tous les propriétaires.*

L'intimée et son époux, séparés de biens par contrat de mariage, étaient propriétaires indivis d'un terrain que l'appelante a exproprié moyennant une indemnité totale de \$30,000 qui fut dûment payée. Par erreur, cependant, seul l'époux de l'intimée fut expressément partie à ces procédures et c'est à lui seul que fut remis le chèque en paiement de l'indemnité. Par la suite, l'intimée prétendit être copropriétaire par indivis avec l'appelante du terrain sur lequel l'école était maintenant construite et commença des procédures en partage de l'immeuble. La Cour supérieure rejeta cette action et ce jugement fut infirmé par la Cour d'appel qui ordonna de procéder aux comptes, liquidation et partage de l'immeuble.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli, mais l'appelante est condamnée à verser à l'intimée la somme de \$15,000.

Les faits démontrent sans doute aucun que l'appelante entendait exproprier toutes les parts du terrain que possédaient par indivis l'intimée et son époux et non le seul intérêt de l'époux de l'intimée. L'intimée a toujours compris que telle était l'intention de l'appelante et en tout temps a considéré que les procédures en expropriation, dirigées en apparence contre son mari seulement, étaient en fait dirigées contre les propriétaires indivis du terrain, c'est-à-dire contre elle et son mari.

En principe, une procédure d'expropriation doit être faite strictement en conformité de la loi et, particulièrement, doit être adressée clairement à la personne que les autorités veulent priver de son bien. Ce principe ne souffre d'exception que dans les rares cas où il est évident que l'erreur de l'expropriant ne peut avoir privé l'exproprié de son droit d'être entendu et de faire toutes les représentations qui lui appartiennent. En l'espèce,

The case at bar is an exception to the general rule. The absence of a written notice of expropriation addressed to respondent by name was not fatal, since she had waived her right to receive such notice and acquiesced in the development of the proceedings as begun, so that they were valid as though her name were spelled out in them. Respondent is therefore bound by the expropriation, but the part of the indemnity belonging to respondent was not paid to her, and she has the right to receive it. Appellant, having paid too much to respondent's husband, retains all remedies against him for recovery of payment made by mistake.

King's Asbestos Mines v. The Municipality of South Thetford (1909), 41 S.C.R. 585, rev'g. (1908), 17 Que. K.B. 566, followed; *Robillard v. La Commission Hydroélectrique de Québec*, [1954] S.C.R. 695; *Turcotte v. Dansereau* (1897), 27 S.C.R. 583, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec¹ quashing a judgment of the Superior Court of Quebec dismissing an action for partition. Appeal allowed, but appellant condemned to pay respondent the sum of \$15,000.

Claude Boivin, for the appellant.

Robert B. Lafrenière, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—In 1960 respondent and her husband, separate as to property by a marriage contract, became the joint owners of a piece of land of considerable size. In 1967, appellant began expropriation proceedings for part of this land, which resulted in a total indemnity of \$30,000, which was duly paid. Unfortunately, by mistake, only respondent's husband was expressly a party to these proceedings, and the cheque in payment of the indemnity was sent to him alone.

Later, respondent sought to convince appellant that they were both joint owners of the land on which the school had now been built. Appellant refused to recognize the validity of this argument, and in 1970 respondent began proceedings to obtain a partition of the property, and to obtain all the necessary orders to do so.

¹ [1974] C.A. 180.

nous sommes en présence d'un cas d'exception à la règle générale. L'absence d'un avis écrit d'expropriation adressé nommément à l'intimée n'était pas fatale, puisque celle-ci a renoncé à son droit de recevoir cet avis et a acquiescé au déroulement des procédures telles qu'engagées pour valoir comme si son nom y était mentionné en toutes lettres. L'intimée est donc liée par l'expropriation mais la partie de l'indemnité lui revenant ne lui ayant pas été versée, elle y a maintenant droit. L'appelante ayant payé en trop à l'époux de l'intimée conserve contre celui-ci tous ses recours en répétition de l'indû.

Arrêt suivi: *King's Asbestos Mines c. The Municipality of South Thetford* (1909), 41 R.C.S. 585 infirmant (1908), 17 B.R. 566; arrêts mentionnés: *Robillard c. La Commission Hydroélectrique de Québec*, [1954], R.C.S. 695; *Turcotte c. Dansereau* (1897), 27 R.C.S. 583.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ infirmant un jugement de la Cour supérieure du Québec ayant rejeté une action en partage. Pourvoi accueilli mais l'appelante est condamnée à verser à l'intimée la somme de \$15,000.

Claude Boivin, pour l'appelante.

Robert B. Lafrenière, c.r., pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—En 1960, l'intimée et son époux, séparés de biens par contrat de mariage, devinrent propriétaires par indivis d'un terrain de dimensions considérables. En 1967, l'appelante commença des procédures en expropriation d'une partie de ce terrain, procédures qui aboutirent à une indemnité totale de \$30,000 qui fut dûment payée. Malheureusement, par erreur, seul l'époux de l'intimée fut expressément partie à ces procédures et c'est à lui seul que fut remis le chèque en paiement de l'indemnité.

Par la suite, l'intimée voulut convaincre l'appelante qu'elles étaient toutes deux propriétaires indivises du terrain sur lequel l'école avait maintenant été construite. L'appelante refusa de reconnaître le bien-fondé de cette prétention et en 1970 l'intimée commença des procédures visant à faire prononcer le partage de l'immeuble et, pour ce faire, à obtenir toutes les ordonnances pertinentes.

¹ [1974] C.A. 180.

The Superior Court dismissed this action. The following extracts from this decision give the principal reasons for it.

[TRANSLATION] ... the acts and deeds of the L'Heureux up to their interview with their solicitor, following receipt of a cheque in final payment of the indemnity provided by the Public Service Board, showed that they knew perfectly well what position to maintain, that they had always, until then, believed that they were presenting a common front against the defendant expropriating party, and that the indemnity affected the land of which they were owners. Moreover, they had given their counsel a mandate for this purpose.

Until this time, they had said nothing. It was only later that the L'Heureux decided to rely on their own silence, their own omission, I would even say their own dishonesty.

For nearly two years, she knowingly allowed a state of affairs to continue which she knew to be incorrect, and she deliberately contributed to misleading the interested parties. This curiously resembles an estoppel.

From these facts, the Superior Court found that respondent had waived receipt of official notice of expropriation and acquiesced in the proceedings undertaken by the commissioners.

This judgment was quashed by the Court of Appeal. Rinfret J. stated "there is no doubt in equity that the Board intended to expropriate all the land, in order to build its school there" (at p. 180), but in law, the solution to the problem lies in the fact that the expropriation proceedings were brought exclusively against respondent's husband. Since she was not officially a party to the expropriation proceedings, she could not have been deprived of her property rights unless she had given an express mandate to her husband for that purpose, and the evidence reveals no such mandate. Lajoie J. wrote (at p. 183):

[TRANSLATION] Having had the advantage of reading the reasons of Rinfret J., I examined this record myself. This examination has left me with no doubt

(a) that the School Commissioners of the region of Louis-Fréchette intended to expropriate all shares in a piece of land jointly owned by Mr. and Mrs. L'Heureux;

(b) that the case was referred to the Public Service Board to fix the indemnity for the whole property;

La Cour supérieure rejeta cette action. Les extraits suivants de ce jugement en donnent les principaux motifs.

... les faits et gestes posés par les époux L'Heureux jusqu'à leur entrevue avec leur procureur, à la suite de la réception d'un chèque en paiement final de l'indemnité prévue par la Régie des Services Publics, démontrent qu'ils savaient parfaitement bien à quoi s'en tenir, qu'ils avaient toujours envisagé jusqu'alors qu'ils faisaient front commun contre la défenderesse expropriante, que l'indemnité affectait le fonds de terrain dont ils étaient propriétaires. Ils avaient d'ailleurs donné un mandat à leur procureur à cet effet.

Jusqu'à ce moment, ils n'ont dit mot, ce n'est que par la suite que les époux L'Heureux ont décidé d'invoquer leur propre silence, leur propre omission, je dirais même leur propre turpitude.

Pendant près de 2 ans, elle a sciemment laissé circuler un fait qu'elle savait erroné et elle a volontairement contribué à induire en erreur les parties intéressées. Ceci ressemble étrangement à une fin de non-recevoir.

De ces faits, la Cour supérieure conclut à renonciation par l'intimée à la réception d'un avis officiel d'expropriation et à acquiescement aux procédures entreprises par les commissaires.

Ce jugement fut infirmé par la Cour d'appel. Pour M. le juge Ringret, «il ne fait aucun doute en équité que la Commission avait l'intention d'exproprier tout le terrain en vue d'y ériger son école» (à la p. 180), mais en droit la solution du problème réside dans le fait que les procédures en expropriation ont été dirigées exclusivement contre le mari de l'intimée; celle-ci n'ayant pas été officiellement partie aux procédures en expropriation, elle ne peut avoir été privée de son droit de propriété à moins qu'elle n'ait donné un mandat exprès à son mari pour cette fin, ce que la preuve n'a pas révélé. M. le juge Lajoie, pour sa part, écrit (à la p. 183):

Avec le bénéfice des notes de monsieur le juge Rinfret, j'ai à mon tour entrepris l'étude de ce dossier. Cette étude ne me laisse aucun doute

a) que les commissaires d'école de la régionale Louis-Fréchette entendaient exproprier pour la construction d'une école, toutes les parts d'un terrain que possédaient par indivis monsieur et madame L'Heureux;

b) que l'affaire fut référée à la Régie des services publics pour fixation de l'indemnité qui devait tenir lieu de la valeur de la totalité de l'immeuble;

(c) that the purpose of the Board's ruling was to determine the indemnity payable as a result of the expropriation of the whole property;

(d) that appellant (the respondent in this Court) understood this to be so and believed that she had an interest equal to her husband's in the indemnity paid to him alone;

(e) that, in short, had the indemnity been fixed at a higher sum, acceptable to appellant (the respondent in this Court) the case which we have to decide would never have arisen.

In spite of these observations, Lajoie J. did not see how he could dismiss respondent's action, first, for the reasons given by Rinfret J., and second, because that action included the allegation that at all relevant times respondent had retained joint ownership of the land, a claim which had been admitted by appellant, so that it could not now allege that despite appearances, respondent was in fact expropriated at the same time as her husband. Beetz J., then a member of the Court of Appeal, concurred with his colleagues.

I agree with the views of Lajoie J. with respect to the basic facts. There is no doubt that appellant's purpose was always to expropriate the land, not merely the interest of respondent's husband in that land; this fact was admitted by counsel for the respondent who stated that such was in fact the situation.

There is also no doubt that respondent always understood that this was the intention of the School Commissioners; the following facts show this:

(1) preliminary discussions relating to the purchase by mutual agreement of the land which was eventually expropriated took place between the School Board on the one hand and Mr. and Mrs. L'Heureux on the other hand;

(2) when these discussions brought no results, respondent learned of the expropriation of which her husband was notified, by a notice that the School Board [TRANSLATION] intends to expropriate the land belonging to you";

(3) this notice was followed by other discussions between the School Board and Mr. L'Heureux,

c) que l'ordonnance de la Régie avait pour objet de déterminer l'indemnité payable à raison de l'expropriation de tout l'immeuble;

d) que l'appelante (intimée devant nous) le comprit ainsi et considéra qu'elle avait un intérêt égal à celui de son mari dans l'indemnité versée à ce dernier seulement;

e) qu'en somme, l'indemnité eût-elle été fixée à une somme plus élevée, acceptable à l'appelante (intimée devant nous), le litige dont nous avons à décider ne serait pas né.

Malgré ces constatations, M. le juge Lajoie ne voit pas comment il peut rejeter l'action de l'intimée, d'une part, pour les motifs exprimés par M. Le juge Rinfret et, d'autre part, parce que cette action comporte l'allégué qu'en tout temps pertinent l'intimée a conservé la propriété indivise du terrain et que cette affirmation a été admise par l'appelante, de sorte que celle-ci ne peut plus maintenant prétendre que malgré les apparences, l'intimée a de fait été expropriée en même temps que son mari. Quant à M. le juge Beetz, siégeant alors en Cour d'appel, il a été d'accord avec ses collègues.

J'accepte volontiers les vues de M. le juge Lajoie quant aux faits de base. Il ne fait aucun doute que le but de l'appelante a toujours été d'exproprier le terrain et non seulement l'intérêt de l'époux de l'intimée dans ce terrain; c'est là un fait acquis au débat, le procureur de l'intimée nous ayant déclaré que telle est vraiment la situation.

Il est de même indubitable que l'intimée a toujours compris que telle était l'intention des commissaires d'école; les faits suivants le démontrent:

1) les discussions préliminaires relativement à l'achat de gré à gré du terrain qui fut éventuellement exproprié eurent lieu entre, d'une part, la Commission scolaire et, d'autre part, M. et M^{me} L'Heureux;

2) lorsque ces conversations n'aboutirent pas, l'intimée prit connaissance de l'avis d'expropriation signifié à son mari énonçant que la Commission scolaire «entend exproprier l'immeuble vous appartenant»;

3) cet avis fut suivi d'autres conversations entre la Commission scolaire et M. L'Heureux, con-

which took place in the presence of respondent and of which she was always kept informed;

(4) respondent accompanied her husband to see the lawyer responsible for representing the party being expropriated, and later participated in the preparation of the hearing before the expropriation board; respondent reported the preliminary step as follows:

[TRANSLATION] Q. Now, let us take the testimony that it was in 1967 or 1968 that you gave a mandate to Mr. Robert Cliche. Were you with your husband at that time?

A. Yes.

(5) respondent was aware of the proceedings begun by appellant to take preliminary possession of the land, which referred to the property subject to expropriation, and she made no objection;

(6) from the window of her home respondent saw the school being built before her eyes, while the expropriation process was still going on, and at no time made the objection that this school was built on land half of which was hers; it should be noted that respondent's husband took part in some construction work on the school with his wife's knowledge;

(7) the hearing before the expropriation board was to determine the total value of the land, not only the value of Mr. L'Heureux's share in this land; this fact cannot be contradicted and was admitted by counsel for the respondent in this Court, and must have been known to respondent, who was present at this hearing and gave testimony;

(8) it was the party being expropriated who through its counsel requested homologation of the ruling of the Board, alleging that the School Board had "[TRANSLATION] expropriated appellant's property, lot 649 ... for construction of a school";

(9) when the ruling of the expropriation board was made and homologated, a cheque for \$30,000 was sent to respondent's husband, and was the subject of a conversation in Mr. Cliche's office which respondent reported as follows:

versations qui se déroulèrent en la présence de l'intimée et dont elle fut en tout temps tenue au courant;

4) l'intimée accompagna son mari chez l'avocat chargé de représenter la partie expropriée et participa par la suite à la préparation du procès devant le tribunal d'expropriation; l'intimée rapporte ainsi la démarche préliminaire:

Q. Disons, si on prend le témoignage que ça a été en 1967 ou 1968 que vous avez confié un mandat à Maître Robert Cliche. Étiez-vous avec votre mari à ce moment-là?

R. Oui.

5) l'intimée eut connaissance des procédures faites par l'appelante pour la prise de possession préalable du terrain qui réfère à l'immeuble dont l'expropriation est demandée et elle n'éleva aucune objection;

6) l'intimée, de la fenêtre de sa résidence, vit construire sous ses yeux l'école de l'appelante alors que le processus d'expropriation était toujours en marche et ne souleva en aucun temps l'objection que cette école était construite sur un terrain qui lui appartenait pour moitié; à noter que l'époux de l'intimée participa à certains travaux de construction de l'école à la connaissance de son épouse;

7) l'enquête devant le tribunal d'expropriation visait à établir la valeur totale du terrain et non pas seulement la valeur de la part de M. L'Heureux dans ce terrain; ce fait qui ne souffre pas de contradiction et qui fut admis par le procureur de l'intimée devant nous était nécessairement connu de l'intimée qui fut présente à cette audition et qui y apporta son témoignage;

8) c'est la partie expropriée qui demanda par son procureur l'homologation de l'ordonnance de la Régie en alléguant que la Commission scolaire avait «exproprié la propriété de votre requérant, soit le lot 649 ... et ce pour la construction d'une école»;

9) une fois l'ordonnance du tribunal d'expropriation prononcée et homologuée, un chèque de \$30,000 parvint à l'époux de l'intimée, chèque qui fut le sujet d'une conversation dans le bureau de M^c Cliche rapportée comme suit par l'intimée:

[TRANSLATION] Q. You were with your husband when he went to see Mr. Cliche regarding the matter of the thirty thousand dollars (\$30,000), when you went to discuss making an appeal, that is what your husband told the Court?

A. Yes, we said to Mr. Cliche . . . He said, "this is my share", then he said to me, "claim it from your husband".

The conclusion is inevitable: respondent at all times thought of the expropriation proceedings, apparently directed against her husband alone, as in fact directed against the joint owners of the land, that is against her and against her husband. She was satisfied with this state of affairs until such time as she thought that, by taking the attitude she adopts now, she could obtain a much greater indemnity than that granted by the expropriation board. This is therefore a disguised manner of appealing from the decision fixing the amount of indemnity. This amount of \$26,730 represents two-thirds of the amount of \$40,000 mentioned by Mr. Cliche in the notice to the expropriation board. If respondent is correct, the land, the value of which to the expropriating body was \$16,038 and to the party being expropriated was \$40,000, in fact had a value of \$53,460. Merely stating this proposition indicates that the proceedings in this Court are an afterthought, and do not reflect the true situation of the parties at the relevant time.

It remains for this Court to determine whether, in spite of the Commissioners' intent to expropriate the whole property, an intent known to and accepted by respondent, there was in law an expropriation of her share in the property, since her name appeared neither in the proceedings nor on the cheque in payment of the indemnity. If so, it will be necessary to restore the judgment at first instance concerning the validity of the expropriation, and find, as did that judgment, that the appearance must be corrected to reflect the reality of a complete expropriation.

As Rinfret J. noted, the rule is clear: the nullifying of a property right through an expropriation proceeding must be surrounded by guarantees. In principle, these guarantees require that the expro-

Q. Vous étiez avec votre mari quand il a été voir Maître Cliche pour la question du trente mille dollars (\$30,000) quand vous avez été discuter pour aller en appel, c'est ce que votre mari nous a dit? (*sic*)

R. Oui, on a dit à Maître Cliche . . . Il a dit: «Ca c'est ma part à moi ici», puis il m'a dit moi: «Réclame-le de ton mari».

La conclusion est irrésistible: en tout temps l'intimée a considéré que les procédures en expropriation, dirigées en apparence contre son mari seulement, étaient en fait dirigées contre les propriétaires indivis du terrain, c'est-à-dire contre elle et contre son mari. Elle a été satisfaite de cet état de choses jusqu'au moment où elle a cru qu'en prenant l'attitude qu'elle adopte maintenant, elle pourrait obtenir une indemnité beaucoup plus considérable que celle accordée par le tribunal d'expropriation. Il s'agit donc d'une façon déguisée d'en appeler de la décision fixant le chiffre de l'indemnité. Or ce chiffre de \$26,730 représente les deux tiers du montant de \$40,000 mentionné par M^e Cliche dans son avis au tribunal d'expropriation. Si l'intimée a raison, le terrain, dont la valeur pour l'expropriante était de \$16,038 et pour la partie expropriée de \$40,000, avait en fait une valeur de \$53,460. Le simple énoncé de cette proposition établit que les procédures qui nous sont soumises sont une arrière-pensée et ne sont pas conformes à la vraie situation des parties à l'époque pertinente.

Il nous reste à déterminer si, en dépit de l'intention des commissaires de procéder à une expropriation totale, intention connue et acceptée de l'intimée, il y a eu, en droit, expropriation de la part de celle-ci dans la propriété, étant donné que son nom n'apparaissait ni dans les procédures, ni sur le chèque en paiement de l'indemnité. Dans l'affirmative, il faudra rétablir le jugement de première instance quant à la validité de l'expropriation et conclure, comme lui, à la correction des apparences pour que celles-ci soient conformes à la réalité d'une expropriation totale.

Comme le souligne M. le juge Rinfret, la règle est claire: la mise à néant du droit de propriété par une procédure d'expropriation doit être entourée de garanties. En principe, ces garanties exigent

priation proceedings be in strict conformity with the relevant laws, and especially, be clearly addressed to the person whom the authorities wish to deprive of property: *King's Asbestos Mines v. The Municipality of South Thetford*². The importance of this principle cannot be over-emphasized, and no exception to it must be made except in extraordinary cases where it is clear that the error of the expropriating body could not have directly or indirectly deprived the party being expropriated of the right to be heard and to make all representations which concern it. I find the case at bar to be this rare exception to the general rule.

Respondent argued that this right to be heard is tied to the right to be an express party to the proceedings, and that the omission of the respondent's name from the latter is fatal, notwithstanding all the facts summarized above. I cannot agree that the rule is absolute, that it never admits of an exception even where, as in the case at bar, the party being expropriated in fact was aware of the whole situation, could have made her voice heard loud and clear, and was present at each and every stage of the expropriation, including receipt of the cheque.

The purpose of the notice is to bring the claim of the expropriating body clearly to the attention of the party being expropriated, thereby allowing the latter to put forward all the grounds of its claim in full. In the absence of notice, the expropriated party may object to the expropriation proceedings; this is what *Robillard v. La Commission Hydroélectrique de Québec*³, decided on the question of an alleged summons which had never existed. On the other hand, the party being expropriated could be unaware of the proceedings until the expropriating body claims to give effect to a judgment of homologation obtained in these conditions; the principle recognized in *Turcotte v. Dansereau*⁴, although stated in another context, appears relevant to me. Such absence of notice, as a general rule, results in nullity.

² (1909), 41 S.C.R. 585.

³ [1954] S.C.R. 695.

⁴ (1897), 27 S.C.R. 583.

que les procédures en expropriation soient faites strictement en conformité des lois pertinentes et, particulièrement, soient adressées clairement à la personne que les autorités veulent priver de son bien. *King's Asbestos Mines c. The Municipality of South Thetford*². Je ne saurais trop souligner l'importance de ce principe auquel il ne faut apporter exception que dans des cas extraordinaires où il est évident que l'erreur de l'expropriant ne peut ni de près, ni de loin, avoir privé l'exproprié de son droit d'être entendu et de faire toutes les représentations qui lui appartiennent. En l'espèce, je vois cette exception rare à la règle générale.

L'intimée nous a représenté que ce droit d'être entendu est lié au droit d'être partie expresse aux procédures et que l'omission du nom de l'intimée dans celle-ci est fatale nonobstant tous les faits résumés ci-haut. Je ne puis accepter que la règle soit absolue, qu'elle ne souffre jamais d'exception même si, comme en l'espèce, dans la réalité des faits l'expropriée a eu connaissance de toute la situation, a pu faire entendre sa voix haut et clair et a été présente à toutes et chacune des étapes de l'expropriation, y compris la réception du chèque.

Le but de l'avis est de porter clairement la prétention de l'expropriant à l'attention de la partie expropriée, permettant ainsi à cette dernière de faire valoir pleinement tous ses moyens. En l'absence d'avis, la partie expropriée peut attaquer les procédures en expropriation; c'est ce que l'arrêt *Robillard c. La Commission Hydroélectrique de Québec*³, a décidé au sujet d'une prétendue assignation qui n'avait jamais existé. Ou encore la partie expropriée peut ignorer les procédures jusqu'à ce que l'expropriant prétende donner suite à un jugement d'homologation obtenu dans ces conditions; le principe reconnu dans *Turcotte c. Dansereau*⁴, bien qu'exprimé dans un autre contexte, me semble pertinent. En effet, cette absence d'avis en thèse générale entraîne nullité.

² (1909), 41 R.C.S. 585.

³ [1954] R.C.S. 695.

⁴ (1897), 27 R.C.S. 583.

However, although the expropriated party in principle has a right to notice, it may be waived. This statement is found in the judgment of Taschereau J., later Chief Justice, speaking for the Court in *Turcotte (supra)*, at p. 587.

He is not bound to plead at all to an action which has not been served upon him. He may certainly waive the want of service but the appellant here has not done so.

Cimon J., speaking for the two dissenting judges on the Court of Appeal in *King's Asbestos Mines*⁵, cited above, said the same thing in his dissent, and the findings of these judgments were adopted by the three judges of the majority in this Court. Cimon J. wrote at p. 576:

[TRANSLATION] I find no acquiescence by appellant.

The trial judge, in view of the facts of the case, was correct in law in finding that the absence of written notice of expropriation addressed to respondent by name was not fatal, since Mrs. L'Heureux had waived her right to receive such notice and acquiesced in the development of the proceedings as begun, so that they were valid as though her name were spelled out in them. Respondent's conduct shows quite clearly that her rights would not have been more fully defended if the notice had been complete; the purpose of the legislator in prescribing notice was fulfilled. Any other finding within the narrow framework of the facts proved would mean that form would prevail over substance.

As I mentioned above, Lajoie J., as well as concurring in the opinion of Rinfret J., added another reason (at p. 183). He observed that the proceedings in the case at bar contain a statement on appellant's part that prevent it from succeeding, that is, that at all relevant times until September 16, 1971 respondent was the joint owner of the land now occupied by the school. The text of this allegation, admitted by counsel for the Commissioners at the preparatory conference, is as follows:

[TRANSLATION] Since acquiring this property, plaintiff has always retained ownership of it.

⁵ (1908), 17 Que. K.B. 566.

Mais si la partie expropriée a en principe droit à un avis, elle peut y renoncer. C'est l'affirmation que l'on retrouve sous la plume de M. le juge Taschereau, plus tard juge en chef, parlant pour la Cour dans l'arrêt *Turcotte (supra)* à la p. 587:

[TRADUCTION] Rien ne l'oblige à plaider relativement à une action qui ne lui a pas été signifiée. Certes, il peut renoncer au droit d'invoquer le défaut de signification mais l'appelant, en l'espèce, n'y a pas renoncé.

C'est aussi ce qu'écrivait M. le juge Cimon, parlant pour les deux juges dissidents en Cour d'appel, dans l'affaire *King's Asbestos Mines*⁵, précitée, dissidences dont les conclusions furent adoptées par les trois juges de la majorité en cette Cour. M. le juge Cimon écrit en effet à la p. 576:

Je ne trouve pas d'acquiescement de l'appelante.

Le premier juge, devant les faits de la cause, avait donc raison en droit de conclure que l'absence d'un avis écrit d'expropriation adressé nommément à l'intimée n'était pas fatale, madame L'Heureux ayant renoncé à son droit de recevoir cet avis et ayant acquiescé au déroulement des procédures telles qu'engagées pour valoir comme si son nom y était mentionné en toutes lettres. La conduite de l'intimée démontre à l'évidence que ses droits n'auraient pas été défendus plus pleinement si l'avis avait été complet; le but du législateur en prescrivant l'avis a donc été atteint. Toute autre conclusion dans le cadre étroit des faits prouvés ferait que la forme emporterait le fond.

Comme je l'ai déjà mentionné, M. le juge Lajoie, en plus d'être d'accord avec l'opinion de M. le juge Rinfret, a ajouté un motif supplémentaire (à la p. 183). Les procédures en l'espèce contiendraient de la part de l'appelante un aveu qui l'empêcherait de réussir, savoir qu'en tout temps pertinent jusqu'au 16 septembre 1971 l'intimée était propriétaire indivise du terrain maintenant occupé par l'école. Voici le texte de cet allégué admis par le procureur des commissaires lors de la conférence préparatoire:

Depuis que la demanderesse a acquis cet immeuble, elle en a toujours conservé la propriété.

⁵ (1908), 17 B.R. 566.

I do not see that this admission by counsel for the Commissioners is an estoppel to their plea. This admission must be read in the context of the plea as a whole: it states, in substance, that the proceedings were always directed against the property in its entirety, that respondent's husband acted for her, and that Mrs. L'Heureux for all legal purposes is bound by the proceedings and obliged to give the Commissioners a release. In my opinion, all that appellant admitted was that on the relevant dates, that is, from 1960 until the conclusion of the expropriation proceedings, respondent was joint owner of the land, and that she later appeared to retain her title. If I had read this admission as Lajoie J. suggested, I would have had to examine the legal effect of an admission of this type made by counsel for a school corporation without the support of a resolution.

I am therefore of the opinion that the expropriation was validly made against all owners of the land, and that it binds respondent. The decision of the Board was followed by payment to respondent's husband, which she received no part of, according to the evidence. Respondent concluded from this that the expropriation was never completed, since she never received her share of the indemnity, and that as a result the whole of the proceedings should be set aside. I am in partial agreement with this argument. In my opinion, the expropriation proceedings, validly directed against all owners of the land, must be followed by payment to them, not only to one of them. However, it does not follow that the whole of the proceeding is invalidated. The expropriation was validly made, but the part of the indemnity owed to respondent has not been paid to her, and she now has a right to it.

Of course, if the indemnity paid to respondent's husband had in fact benefited her, or if the husband had held a power of attorney from respondent at the time of payment allowing him to receive the indemnity belonging to her, the record would be complete and appellant would be correct in asking, in its amended plea, that the judgment be equivalent to a release. However, it must be noted

Je ne vois pas que cette admission du procureur des commissaires soit une fin de non-recevoir à leur plaidoyer. Cette admission doit être lue dans le contexte de l'ensemble du plaidoyer qui affirme, en substance, que les procédures ont toujours visé l'immeuble dans son entier, que l'époux de l'intimée a agi pour celle-ci et que madame L'Heureux, à toutes fins que de droit, est liée par les procédures et a l'obligation de donner quittance aux commissaires. A mon sens, tout ce que l'appelante a admis est qu'aux dates pertinentes, c'est-à-dire de 1960 jusqu'à la conclusion des procédures en expropriation, l'intimée était propriétaire par indivis du terrain et que par la suite elle a gardé les apparences de son titre. Si j'avais fait de cette admission la lecture qu'en suggère M. le juge Lajoie, il m'aurait fallu examiner la portée juridique d'une admission de ce genre faite par le procureur d'une corporation scolaire sans le support d'une résolution.

Je suis donc d'avis que l'expropriation a été valablement faite à l'encontre de tous les propriétaires du terrain et qu'elle lie l'intimée. Le jugement de la Régie a été suivi d'un paiement fait à l'époux de l'intimée et dont celle-ci n'a reçu, d'après la preuve, aucune partie. L'intimée en conclut que l'expropriation n'a jamais été complétée puisque jamais elle n'a reçu sa part d'indemnité et que, par conséquent, l'ensemble des procédures doit être mis de côté. Je suis partiellement d'accord avec cette prétention. A mes yeux, les procédures en expropriation, valablement dirigées contre tous les propriétaires du terrain, devaient être suivies d'un paiement à ceux-ci et non pas seulement à l'un d'eux. Il ne s'ensuit pas toutefois que l'ensemble des procédures en est invalidé. L'expropriation a été valablement faite mais la partie de l'indemnité revenant à l'intimée ne lui ayant pas été versée, elle y a maintenant droit.

Évidemment, si l'indemnité versée à l'époux de l'intimée avait dans les faits rejoint celle-ci ou si l'époux, au moment du paiement, avait détenu une procuration de l'intimée lui permettant de recevoir l'indemnité appartenant à cette dernière, le dossier serait complet et l'appelante aurait raison de demander, par son plaidoyer amendé, que le jugement équivale à quittance. Il faut toutefois noter

that this plea does not allege that part of the indemnity was in fact paid to respondent, nor does it allege the existence of a power of attorney given by the respondent to her husband for the purpose of receiving this indemnity. It should also be noted that the evidence does not support the existence of such a power of attorney. It goes no further than the statement made by respondent of her right to part of the indemnity, which was made in Mr. Cliche's office, the text of which is found earlier in these reasons, in paragraph nine. It is therefore impossible for me to hold with the trial judge that respondent's husband had a mandate to receive the payment owed to his wife. The share in the indemnity belonging to respondent was never paid to her, and she has the right to receive it. It goes without saying that appellant, having paid too much to respondent's husband, retains all its remedies against him for recovery of payment made by mistake.

One last point: at the end of his opinion, Rinfret J. wrote:

[TRANSLATION] However extraordinary the situation may appear in equity, I do not believe that, in law, by the effect of the expropriation proceedings against her husband, Dame Breton has been dispossessed of her joint interest in the property in question.

Moreover, the Commission itself recognized this, since in its amended plea it requested that plaintiff be ordered to sign a complete and final release of her rights.

The request for release made by appellant in its plea does not seem to me to be equivalent to recognition of respondent's contentions. On the one hand, it is a matter of setting aside the appearances, which are that Mrs. L'Heureux still seems to be the joint owner of the land in question, and replacing them with the reality, that is, a complete expropriation against respondent; this conclusion, for the reasons given here, appears justified. On the other hand, there is the request by appellant to recognize payment of the total indemnity to respondent's husband, when he was only entitled to half of it, as payment in full; as I have just said, I do not believe that this request should be granted.

que ce plaidoyer n'allègue pas qu'une partie de l'indemnité a de fait été remise à l'intimée et qu'il n'allègue pas non plus l'existence d'une procuration par l'intimée à son mari pour les fins de la réception de cette indemnité. Il faut noter aussi que la preuve ne révèle pas l'existence d'une telle procuration. Elle ne va pas plus loin que l'affirmation faite par l'intimée de son droit à une partie de l'indemnité, affirmation faite dans le cabinet de M^e Cliche et dont le texte se retrouve plus haut dans ces motifs, à l'alinéa neuf. Il m'est donc impossible d'aller aussi loin que le premier juge et d'affirmer que l'époux de l'intimée avait un mandat de recevoir le paiement dû à son épouse. La part de l'indemnité appartenant à l'intimée ne lui a donc jamais été versée et elle a droit de la recevoir. Il va de soi que l'appelante, ayant payé en trop à l'époux de l'intimée, conserve contre celui-ci tous ses recours en répétition de l'indû.

Un dernier point. A la fin de son opinion, M. le juge Rinfret écrit:

Quelque extraordinaire que puisse, en équité, paraître la situation, je ne crois pas qu'en droit, Dame Breton a, par l'effet des procédures en expropriation dirigées contre son mari, été dépossédée de son droit indivis dans l'immeuble en question.

La Commission l'a d'ailleurs elle-même reconnu puisque, dans les conclusions de son plaidoyer amendé, elle demande qu'il soit ordonné à la demanderesse de signer une quittance complète et finale de ses droits.

La demande de quittance faite par l'appelante dans son plaidoyer ne m'apparaît pas équivalente à une reconnaissance des prétentions de l'intimée. Il s'agit, d'une part, de mettre de côté les apparences qui font que madame L'Heureux semble toujours propriétaire par indivis du terrain en litige et de les remplacer par la réalité, savoir une expropriation complète à l'encontre de l'intimée; cette conclusion, pour les motifs ci-exprimés, me semble justifiée. Il s'agit, d'autre part, d'une prière par l'appelante de faire reconnaître comme libératoire le paiement de l'indemnité totale à l'époux de l'intimée alors qu'il n'y avait droit qu'à la moitié; comme je viens de le dire, je ne crois pas devoir accueillir cette prière.

For these reasons, I would allow the appeal to this Court without costs, in view of the qualified success; I would quash the judgment of the Court of Appeal, and I would affirm that part of the judgment pronounced in the Superior Court which recognized the validity of the expropriation proceedings against respondent and granted appellant clear title, free of all charges on the property described therein; I would condemn appellant to pay the sum of \$15,000 with interest at the legal rate from August 5, 1968, and the costs of a contested action for the said amount in the Superior Court, and those of an appeal of the same amount to the Court of Appeal, reserving appellant's remedies against respondent's husband.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Boivin, Lagacé & Lessard, Lévis.

Solicitors for the respondent: Lafrenière, Maltais & Ass., Québec.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi en cette Cour sans dépens vu le succès mitigé; j'infirmes le jugement de la Cour d'appel et je confirmerais cette partie du dispositif du jugement prononcé en Cour supérieure reconnaissant la validité des procédures en expropriation contre l'intimée et accordant à l'appelante un titre précis, clair et libre de toutes charges sur l'immeuble y décrit; je condamnerais l'appelante à verser à l'intimée la somme de \$15,000 avec intérêts au taux légal à compter du 5 août 1968 et les dépens d'une action contestée pour ledit montant en Cour supérieure et ceux d'un appel du même montant à la Cour d'appel, réservant à l'appelante ses recours contre l'époux de l'intimée.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Boivin, Lagacé & Lessard, Lévis.

Procureurs de l'intimée: Lafrenière, Maltais & Ass., Québec.

Commerce & Industry Insurance Co. et al.
(Defendants) Appellants;

and

West End Investment Company (Plaintiff)
Respondent.

1976: December 11; 1976: June 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Insurance — Fire — Tenant — Insurable interest — Contractual liability to insure thing — Statutory condition 10a of policy — Meaning of "owned" — Insurance Act, R.S.Q. 1964, c. 295, s. 240 — Civil Code, art. 2571.

Respondent sold the hotel in question and the purchaser leased the building to a person who was acting for a company which was duly incorporated. In the lease the tenant undertook to insure the leased building. The broker whose offer was accepted obtained the policies, not directly from appellants but through the intermediary of two other authorized agents, and the indemnity was stipulated as being payable to the purchaser and the seller in accordance with their interests, subordinately to the hypothecary clause. After a fire in the hotel appellants were condemned to pay the indemnity to respondent and the decision of the Court of Appeal affirmed this judgment. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ.: The first ground raised by appellants to the effect that the party insured never had an insurable interest is untenable in the circumstances. Nobody denies this interest where the tenant has agreed to insure the building leased.

Appellants maintained that the insurance contracts never existed in law, since the company was not the true owner of the building and did not specify the nature of its interest in the building. This second ground is unacceptable. Article 2571 C.C. is not a provision of public order. The existence of an insurable interest on the part of the insured is a condition of the contract's validity, and not a matter of form. Whatever concerns the form of the policy is not of public order. Nothing in the *Code* precludes an insurer from choosing not to require the mention of the nature of the insured's interest in a fire insurance policy. The forms used do not provide for a

**Commerce & Industry Insurance Co. et
Autres (Défenderesses) Appelantes;**

et

West End Investment Company
(Demanderesse) Intimée.

1976: le 11 décembre; 1976: le 29 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Assurance — Incendie — Locataire — Intérêt assumable — Obligation contractuelle d'assurer la chose — condition statutaire 10a de la police — Sens du mot «possédée» — Loi des assurances, S.R.Q. 1964, c. 295, art. 240 — Code civil, art. 2571.

L'intimée ayant vendu l'hôtel dont il s'agit, l'acheteur a loué l'immeuble à une personne qui agissait pour une compagnie qui fut effectivement constituée. Par le bail, la locataire s'engageait à assurer l'immeuble loué. Le courtier dont l'offre fut acceptée obtint les polices, non pas directement des appelantes, mais par l'entremise de deux autres agents autorisés et l'indemnité fut stipulée payable à l'acheteur et au vendeur, selon leurs intérêts subordonnés à la clause hypothécaire. A la suite de l'incendie de l'hôtel, les appelantes furent condamnés à payer l'indemnité à l'intimée et l'arrêt de la Cour d'appel a confirmé ce jugement. D'où le présent pourvoi.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson et Beetz: Le premier moyen invoqué par les appelantes, selon lequel l'assurée n'a jamais eu un intérêt assurable est insoutenable dans les circonstances. Personne ne nie cet intérêt quand le locataire s'est engagé à assurer l'immeuble loué.

Les appelantes ont soutenu que les contrats d'assurance n'ont jamais eu aucune existence légale puisque la compagnie n'était pas le propriétaire réel de l'immeuble et qu'elle n'a pas spécifié la nature de son intérêt dans l'immeuble. Ce second moyen ne peut être accepté. La disposition de l'art. 2671 C.c. n'est pas d'ordre public. L'existence chez l'assuré d'un intérêt susceptible d'assurance est une condition de validité du contrat, non une question de forme. Ce qui touche la forme de la police n'est pas d'ordre public. Rien dans le *Code* n'empêche un assureur de renoncer à exiger la mention de la nature de l'intérêt de l'assuré dans une police d'assurance

description of the insured's interest. The insured did not guarantee that its interest was that of an owner. Appellants did not claim to have suffered prejudice. They did not even allege that they would not have made the contract if they had known that the insured was only a tenant. The insured's interest is apparent. It consisted in fulfilling the obligation assumed and in not being exposed, should a fire occur, to the risk of a claim by the owner's insurers.

All that is necessary to satisfy statutory condition 10(a) of the policy is that the insured have an insurable interest. The interest of the insured is not a circumstance that he is obliged to declare when not required. Without having a real right, the owner does nevertheless have possession within the meaning of the word "*pos-sédée*" in the French text of condition 10(a), which is equivalent to the word "owned" in the English. This possession makes him liable for any loss and it was proper for him to seek to protect himself from this contingency by obtaining insurance for the benefit of the owner. The situation is different from that of a figure-head who has no insurable interest.

Per de Grandpré J.: Article 2571 C.C. imposes on the insured the obligation of revealing the nature of his interest, and in the case at bar the insurers did not relieve the insured of this obligation. However, even though *prima facie* this obligation exists when the insured is the owner, this conclusion must be rejected owing to the natural presumption in favour of the right of ownership when a person asks an insurer to issue a contract of insurance, especially when, as in the case at bar, the hypothecary clause attached to the policies identified the seller and the purchaser as hypothecary creditors.

However, the rule established in art. 2571 C.C. seems to have been modified by the enactment of condition 10a. In enacting legislation which came from the common law, the Quebec legislator broadened the group of insured persons whose interest does not have to be specified in the policy at the risk of rendering the latter invalid. The word "owned" was translated by the word "*possédée*", which has a much broader meaning, as established by art. 2192 C.C.

[*La Compagnie d'Assurance Stanstead and Sherbrooke v. Fabi*, [1960] Que. Q.B. 601; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments*, [1976] 2 S.C.R. 221; *Pantel v. Air Canada*, [1975] 1 S.C.R. 472; *Wandlyn Motels v. Commerce General Insurance Company*, [1970] S.C.R. 992; *Ritchie and Dobbie v. Stanstead and Sherbrooke Fire Insurance Company* (1940), 7 I.L.R. 41; *Keefer v. The Phoenix*

incendie. Les formules utilisées ne prévoient pas la description de l'intérêt de l'assuré. L'assurée n'a pas garanti que son intérêt était celui de propriétaire. Les appelantes n'ont pas prétendu avoir subi un préjudice. Elles n'ont même pas allégué qu'elles n'auraient pas contracté si elles avaient su que l'assurée n'était que locataire. L'intérêt de l'assurée était évident. Il consistait à satisfaire à l'obligation assumée et à n'être pas exposé, advenant l'incendie, à l'action récursoire des assureurs du propriétaire.

Quant à la condition statutaire 10a) de la police, tout ce qui est nécessaire pour y satisfaire, c'est que l'assuré ait un intérêt assurable. L'intérêt de l'assuré n'est pas une circonstance qu'il est tenu de déclarer quand on ne lui demande pas. Sans avoir un droit réel, le locataire a néanmoins une possession au sens du mot «possédée» que l'on trouve dans le texte français de la condition 10a) et qui est l'équivalent du mot «owned» dans la version anglaise. Cette possession le rend responsable de la perte éventuelle et il est normal qu'il cherche à se prémunir contre cette éventualité en prenant une assurance au bénéfice du propriétaire. La situation diffère de celle du prête-nom qui n'a aucun intérêt assurable.

Le juge de Grandpré: L'article 2571 C.c. impose à l'assuré l'obligation de dévoiler la nature de son intérêt et en l'espèce les assureurs n'ont pas relevé l'assuré de cette obligation. Par ailleurs, même si, à première vue, cette obligation existe lorsque l'assuré est propriétaire, cette conclusion doit être écartée, vu la présomption naturelle en faveur du droit de propriété lorsqu'une personne demande à un assureur l'émission d'un contrat d'assurance, surtout si, comme en l'espèce, la clause hypothécaire attachée aux polices identifie le vendeur et l'acheteur comme des créanciers hypothécaires.

D'autre part, la règle posée par l'art. 2571 C.c. semble avoir été modifiée par l'adoption de la condition 10a. En adoptant une législation venant de la *common law*, le législateur québécois a élargi le groupe des assurés dont l'intérêt n'a pas à être spécifié dans la police sous peine de nullité de celle-ci. Le mot «owned» a été traduit par le mot «possédée» dont le sens est beaucoup plus large, ainsi que l'art. 2192 C.c. l'établit.

[Arrêts mentionnés: *La Compagnie d'Assurance Stanstead and Sherbrooke c. Fabi*, [1960] B.R. 601; *Agnew-Surpass Show Stores Ltd. c. Cummer Yonge Investments*, [1976] 2 R.C.S. 221; *Pantel c. Air Canada*, [1975] 1 R.C.S. 472; *Wandlyn Motels c. Cie d'Assurance Générale de Commerce*, [1970] R.C.S. 992; *Ritchie and Dobbie c. Stanstead and Sherbrooke Fire Insurance Company* (1940), 7 I.L.R. 41; *Keefer c. The*

Insurance Co. of Hartford (1901), 31 S.C.R. 144, setting aside (1899), 26 O.A.R. 277; *Caldwell v. Stadacona Fire* (1883), 11 S.C.R. 212; *North Empire Fire Insurance Co. v. Vermette*, [1943] S.C.R. 189; *Summers v. The Commercial Union Insurance Co.* (1881), 6 S.C.R. 19; *The Canadian Fire Insurance Co. v. Robinson* (1901), 31 S.C.R. 488; *Canadian Home Assurance Co. v. Gauthier*, [1966] S.C.R. 305; *Car & General Insurance Corporation Ltd v. Therrien*, [1969] Que. Q.B. 144, referred to.]

Appeal from a decision of the Court of Appeal of Quebec affirming a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

Robert Boyer, for the appellants.

Robert S. Litvack, for the respondent.

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

PIGEON J.—This appeal is against a decision of the Court of Appeal of Quebec, which affirmed the judgment of the Superior Court condemning appellants to pay respondent (West End) the sum of \$50,000, being the amount of insurance policies issued by them on a hotel which was destroyed by fire on October 16, 1967. At the hearing, leave to appeal was granted to those appellants for whom the amount in controversy did not exceed \$10,000.

West End had sold the hotel to one Hector Charette on September 27, 1965, and was owed on the sale price a balance exceeding \$50,000. On February 1, 1967, Charette leased the building to one Jean-Guy Brunet, acting for a company which was duly incorporated as Jeando Inc. In the lease the tenant undertook to insure the premises with an insurance company approved by the lessor. Brunet accepted the offer of a broker named Philippe Guénette to obtain the required insurance for him. The latter obtained the policies, not directly from appellants but through the intermediary of two other agents authorized to act on their behalf. The policies describe Jeando Inc. as the insured and an endorsement entitled [TRANSLATION] "Clause concerning mortgage creditors" reads as follows:

Phoenix Insurance Co. of Hartford (1901), 31 R.C.S. 144, infirmant (1899), 26 O.A.R. 277; *Caldwell c. Stadacona Fire* (1883), 11 R.C.S. 212; *North Empire Fire Insurance Co. c. Vermette*, [1943] R.C.S. 189; *Summers c. The Commercial Union Insurance Co.* (1881), 6 R.C.S. 19; *The Canadian Fire Insurance Co. c. Robinson* (1901), 31 R.C.S. 488; *Canadian Home Assurance Co. c. Gauthier*, [1966] R.C.S. 305; *Car & General Insurance Corporation Ltd c. Therrien*, [1969] B.R. 144.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec confirmant un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

Robert Boyer, pour les appelantes.

Robert S. Litvack, pour l'intimée.

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

LE JUGE PIGEON—Le pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé le jugement de la Cour supérieure condamnant les appelantes à payer à l'intimée (West End) la somme de \$50,000, montant des polices d'assurance émises par elles sur un hôtel détruit par incendie le 16 octobre 1967. A l'audition, l'autorisation d'appeler a été accordée à celles des appelantes envers lesquelles le montant en litige ne dépasse pas \$10,000.

West End avait vendu l'hôtel à un nommé Hector Charette, le 27 septembre 1965 et se trouvait créancière d'un solde de prix de vente dépassant les \$50,000. Le 1^{er} février 1967, Charette a loué l'immeuble à un nommé Jean-Guy Brunet agissant pour une compagnie qui fut effectivement constituée sous le nom de Jeando Inc. Par le bail la locataire s'engageait à assurer le «local» dans une compagnie d'assurance acceptée par le locateur. Brunet accepta l'offre qui lui fut faite par un courtier, un nommé Philippe Guénette, de lui obtenir l'assurance requise. Celui-ci obtint les polices, non pas directement des appelantes, mais par l'entremise de deux autres agents autorisés à agir pour elles. Les polices décrivent Jeando Inc. comme assuré et dans un avenant intitulé «Clause relative aux créanciers hypothécaires», on lit:

[TRANSLATION] At the request of the insured, indemnity in the case of damage or loss under the terms of the present policy is payable to 1. Hector Charette; 2. West End Investment Co.; as their interests may appear. . . .

In their plea to the action brought by West End, appellants raised two grounds of defence, as follows:

[TRANSLATION] 26. Jeando Inc., the party insured by the defendants, never had an insurable interest in the building which burnt down;

27. Even if Jeandon Inc. had an insurable interest in the building which burnt down, which is not admitted but expressly denied, the insurance contracts never existed in law since Jeando Inc. was not the true owner of the building, and, contrary to the provisions of statutory condition 10(a) of the fire insurance policy and to art. 2571 C.C., it did not specify the nature of its interest in the building.

The first ground is untenable in the circumstances. To reject it, as the courts of Quebec did, it is not necessary to decide whether, as I incline to believe despite many contrary opinions, a tenant ordinarily has an insurable interest under the law of Quebec. It will suffice to note that no one denies such interest when, as in the case at bar, the tenant has agreed to insure the building leased (*La Compagnie d'Assurance Stanstead and Sherbrooke v. Fabi*¹).

Concerning the second ground, reference should first be made to art. 2571 C.C., which reads as follows:

Art. 2571. The interest of an insurer against loss by fire may be that of an owner, or of a creditor, or any other interest appreciable in money in the thing insured; but the nature of the interest must be specified.

Is this provision of public order? I do not think so. Reference should be made to art. 2480 which is of more general scope and reads as follows:

Art. 2480. The contract of insurance is usually witnessed by an instrument called a policy of insurance.

The policy either declares the value of the thing insured and is then called a valued policy, or it contains no declaration of value, and is then called an open policy.

¹ [1960] Que. Q.B. 601.

A la demande de l'assuré, l'indemnité en cas de sinistre, aux termes de la présente police, est payable à 1. Hector Charette, 2. West End Investment Co.; selon leurs intérêts. . . .

Dans leur plaidoyer à l'action de West End, les appelantes ont soulevé deux moyens énoncés comme suit:

26. Jeando Inc., l'assurée des défenderesses n'a jamais eu un intérêt assurable dans l'immeuble incendié;

27. Même si Jeando Inc. avait un intérêt assurable dans l'immeuble incendié, ce qui n'est pas admis mais expressément nié, les contrats d'assurance n'ont jamais eu aucune existence légale puisque Jeando Inc. n'était pas propriétaire réel de l'immeuble et que contrairement aux dispositions de la condition statutaire 10a) de la police incendie et de l'article 2571 C.c. il n'a pas spécifié la nature de son intérêt dans l'immeuble;

Le premier moyen est insoutenable dans les circonstances. Pour le rejeter comme l'ont fait les tribunaux du Québec, il n'est pas nécessaire de décider si, comme j'incline à le croire malgré beaucoup d'opinions contraires, un locataire a ordinairement, en droit québécois, un intérêt assurable. Il suffit de constater que personne ne nie cet intérêt lorsque, comme ici, le locataire s'est engagé à assurer l'immeuble loué (*La Compagnie d'Assurance Stanstead and Sherbrooke c. Fabi*¹).

Sur le second moyen il convient d'examiner en premier lieu l'art. 2571 C.c. qui se lit comme suit:

Art. 2571. L'intérêt d'une personne qui assure contre le feu peut être celui de propriétaire ou de créancier, ou tout autre intérêt dans la chose assurée, appréciable en argent; mais la nature de cet intérêt doit être spécifiée.

Cette disposition est-elle d'ordre public? Je ne le crois pas. Il convient en effet de se reporter à l'art. 2480 qui est de portée plus générale et dont voici le texte:

Art. 2480. Le contrat d'assurance est ordinairement constaté par un document auquel on donne le nom de police d'assurance.

La police déclare la valeur de la chose assurée et se nomme alors police évaluée, ou bien elle ne contient aucune déclaration de valeur et se nomme en ce cas police à découvert.

¹ [1960] B.R. 601.

Wager or gaming policies, in the object of which the insured has no insurable interest, are illegal.

The wording of the last paragraph, where wager or gaming policies are declared to be illegal, seems to imply that this provision is one of public order, from which there can be no derogation. There are therefore good reasons for maintaining that the existence of an insurable interest on the part of the insured is a condition of the contract's validity, and not a matter of form.

On the other hand, the wording of the first paragraph implies that whatever concerns the form of the policy is not of public order. The statement that a contract of insurance is usually witnessed by a policy clearly implies that the contract may be concluded without being witnessed by any instrument. This is so well established that it seems unnecessary for me to cite anything in support of this statement. Thus, it is universally admitted that a contract of insurance is not a solemn contract, but rather a consensual contract, which means that it may be concluded in any form, even verbally.

Since it is not essential that a policy be issued, I do not see how one can logically consider that the provisions relating to the contents of this document are of public order. In saying this, I am referring only to the provisions contained in the *Code*. The character of the provisions contained in the *Insurance Act* (R.S.Q. c. 295) or in other statutes is to be determined from those legislations. I think it must be said, therefore, that since the contract of insurance is consensual, and since the issue of a policy is not a condition of its validity, nothing in the *Code* precludes an insurer from choosing not to require the mention of the nature of the insured's interest in a fire insurance policy.

An examination of the printed forms on which the policies were drawn up shows nothing which requires the mention of the insured's interest. The wording of the form implies that the first blank to be filled in requires only the name of the insured. Moreover, in the subscription policy which binds most of the appellants one finds only the following:

Les polices d'aventure ou de jeu, sur des objets dans lesquels l'assuré n'a aucun intérêt susceptible d'assurance, sont illégales.

La rédaction du dernier alinéa où l'on déclare illégales les polices d'aventure ou de jeu semble bien impliquer qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public à laquelle on ne peut déroger. Il y a donc de bonnes raisons pour soutenir que l'existence chez l'assuré d'un intérêt susceptible d'assurance est une condition de validité du contrat, pas une question de forme.

Au contraire, la rédaction du premier alinéa implique que ce qui touche la forme de la police n'est pas d'ordre public. En effet, en disant que le contrat d'assurance est ordinairement constaté par une police, on laisse clairement entendre que le contrat peut être conclu sans être constaté par aucun document. Cela est si bien reconnu qu'il me paraît inutile de citer quoi que ce soit à l'appui de cette affirmation. En effet, il est universellement admis que le contrat d'assurance n'est pas un contrat solennel, mais bien un contrat consensuel, ce qui signifie qu'il peut être conclu en n'importe quelle forme, même verbalement.

Puisqu'il n'est pas indispensable qu'une police soit émise, je ne vois pas comment on peut logiquement penser que les dispositions relatives au contenu de ce document sont d'ordre public. En disant cela, je vise seulement les dispositions du *Code*. Quant à celles que l'on trouve dans la *Loi des Assurances* (S.R.Q. c. 295) ou dans d'autres législations, le caractère en dépend évidemment de ces lois-là. Je crois donc qu'il faut dire que puisque le contrat d'assurance est consensuel et que la délivrance d'une police n'est pas une condition de validité, rien dans le *Code* n'empêche un assureur de renoncer à exiger la mention de la nature de l'intérêt de l'assuré dans une police d'assurance incendie.

Si l'on examine les formules imprimées sur lesquelles les polices ont été rédigées, on n'y voit rien qui réclame la mention de l'intérêt de l'assuré. La formule est rédigée d'une façon qui implique que le premier blanc à remplir est destiné à la simple mention du nom de l'assuré. Plus que cela, la police souscription qui lie la plupart des appelantes comporte simplement ceci:

[TRANSLATION]

Name of Insured JEANDO INC.
 Indemnity payable to 1. HECTOR CHARETTE,
 2. WEST END INVEST-
 MENT CO.

The policies issued by Canadian General Insurance Company and Aetna Insurance Company contain the following wording:

[TRANSLATION]

WHEREAS JEANDO INC.
 (hereinafter referred to as the Insured) has paid or agreed to pay to the Insurer the aforementioned premium, . . .

Furthermore, the policies in question were issued, according to accepted practice, without the insurers requiring a written application from the insured. Thus, not only did they use policy forms which did not provide for a description of the insured's interest, but in addition they did not give an opportunity to supply this information by requiring an application for insurance to be signed. Now however, after a loss has occurred, they take the stand that the insured having applied to a broker who later dealt with their authorized agents, it guaranteed that its interest was that of an owner.

In my opinion, nothing in art. 2571 allows such an interpretation. It is only provided that the insured's interest must be specified, without distinguishing in any way between a case where the insured is an owner and one where he has another interest. Nothing supports appellants' submission whereby the article is dealt with as if a distinction was made between the interest of an owner and any other interest. Nowhere is it said that the insured's interest shall be presumed to be that of an owner unless otherwise specified, even less is it stated that the insured guarantees that his interest is that of an owner if no other interest is mentioned in the policy.

Article 2571 follows two provisions, arts. 2569 and 2570, which deal with the contents of a fire policy. It is only in the following article, that is art. 2572, that a provision may be found concerning the obligation of the insured to declare all relevant facts to the insurer. This article refers to the object of the insurance, not the interest of the insured:

Nom de l'assuré JEANDO INC.
 Indemnité payable à 1. HECTOR CHARETTE,
 2. WEST END INVEST-
 MENT CO.

Les polices émises par la Compagnie d'Assurance Canadienne Générale et par Aetna Insurance Company comportent la rédaction suivante:

ATTENDU QUE JEANDO INC.
 (ci-après dénommé l'Assuré) a payé ou convenu de payer à l'Assureur la prime susmentionnée, . . .

Au surplus, on sait que les polices en cause ont, selon l'usage, été émises sans que les assureurs exigent une demande écrite de l'assuré. Il se trouve donc que non seulement ils ont utilisé des formules de police qui ne prévoient pas la description de l'intérêt de l'assuré, mais que de plus, ils ne lui ont pas donné l'occasion de fournir ce renseignement en lui faisant signer une demande d'assurance. Aujourd'hui, cependant, après un sinistre, ils prennent l'attitude que l'assuré s'étant adressé à un courtier qui a ensuite traité avec leurs agents autorisés, s'est trouvé à leur garantir que son intérêt était celui de propriétaire.

A mon avis, rien dans l'art. 2571 ne permet une pareille interprétation. Le texte dit simplement que l'intérêt de l'assuré doit être spécifié sans aucunement distinguer entre le cas où l'assuré est propriétaire et celui où il a un autre intérêt. Rien ne justifie la prétention des appelantes qui traitent le texte comme s'il faisait une distinction entre l'intérêt de propriétaire ou un autre intérêt. Ce texte ne dit aucunement que l'intérêt de l'assuré sera présumé être celui de propriétaire s'il n'est pas spécifié, encore moins, dit-il, que l'assuré garantit que son intérêt est celui de propriétaire si un autre intérêt n'est mentionné dans la police.

L'article 2571 suit deux dispositions, les art. 2569 et 2570, qui ont trait au contenu de la police. Ce n'est que dans l'article suivant, savoir 2572, que l'on trouve un texte touchant l'obligation de l'assuré de déclarer à l'assureur les faits pertinents. Il vise l'objet assuré et non pas l'intérêt de l'assuré:

Art. 2572. It is an implied warranty on the part of the insured that his description of the object of the insurance shall be such as to show truly under what class of risk it falls according to the proposals and conditions of the policy.

A warranty is mentioned here, but the first statutory condition prescribed by s. 240 of the *Insurance Act*, which may be found in each of the policies, allows the insurer to plead the omission to declare a circumstance only if the latter is material, and if the company suffers prejudice thereby.

1. If any person insures his buildings or goods and causes the same to be described otherwise than as they really are, to the prejudice of the company, or misrepresents or omits to communicate any circumstance which is material to be made known to the company, in order to enable it to judge of the risk it undertakes, such insurance shall be of no force with respect to the property in regard to which the misrepresentation or omission is made; but when the application is made out by the company's agent, such application shall be deemed to be the act of the company.

In the case at bar the appellants did not claim to have suffered prejudice and it is easy to understand why; their only ground of defence consists in maintaining that they are free of any liability for the sole reason that Hector Charette was described only as beneficiary of the indemnity. If he had been described as the insured along with Jeando Inc., appellants would have no case. How can they argue that a consensual contract is void for a formal defect without evidence of prejudice, especially when they have written it themselves? It seems clear to me that if the policies were worded as they were, this was because Jeando Inc. was obliged to pay the premium under a perfectly legal contract, and this shows that Guénette, the broker, knew it.

To give substance to their defence, the appellants should have shown that they believed Jeando Inc. to be the owner, and that if they had known it was only a tenant, they would not have made the contract. They did not even allege this, and it is consequently unnecessary to consider whether because, according to the findings of the trial judge, Brunet disclosed his legal position to a broker who denies this, and who claims not to have

Art. 2572 Il y a garantie implicite de la part de l'assuré que la description qu'il a donnée de l'objet assuré est telle qu'elle montre vraiment sous quelle classe de risque elle tombe, d'après les propositions et les conditions de la police.

On y parle de garantie mais la première condition statutaire prescrite par l'art. 240 de la *Loi des Assurances*, que l'on retrouve dans chacune des polices, ne permet à l'assureur d'invoquer l'omission de déclarer une circonstance que si celle-ci est essentielle et que la compagnie en subit un préjudice.

1. Si une personne assure ses bâtiments ou effets, et en fait faire une description qui ne répond pas à ce qu'ils sont en réalité, au préjudice de la compagnie, ou représente faussement ou omet de déclarer toute circonstance qu'il est essentiel de faire connaître à la compagnie, afin de lui permettre de juger du risque qu'elle assume, cette assurance est de nul effet quant à la propriété à propos de laquelle a été faite la fausse représentation ou réticence, mais lorsque l'application a été préparée par l'agent de la compagnie, cette application doit être considérée comme étant l'acte de la compagnie.

Dans la présente cause, les appelantes n'ont pas prétendu avoir subi un préjudice et il est facile de comprendre pourquoi: leur unique moyen de défense consiste à soutenir qu'elles sont libérées de toute obligation du seul fait qu'Hector Charette n'a été désigné que comme titulaire de l'indemnité. Si on l'avait désigné comme assuré avec Jeando Inc., les appelantes n'auraient rien à dire. S'agissant d'un contrat consensuel, comment peuvent-elles arguer de sa nullité pour vice de forme sans preuve de préjudice surtout lorsque la rédaction en est leur œuvre? Il me semble évident que si les polices ont été rédigées comme elles l'ont été, c'est que Jeando Inc. était tenue de payer la prime en vertu d'un contrat parfaitement légal et cela démontre que le courtier Guénette le savait.

Pour donner quelque substance à leur défense, il aurait fallu que les appelantes démontrent qu'elles croyaient Jeando Inc. propriétaire et que, si elles avaient su qu'elle n'était que locataire, elles n'auraient pas contracté. Elles ne l'ont même pas allégué et, par conséquent, il n'y a pas à se demander si parce que Brunet a, selon les conclusions de fait du premier juge, révélé sa situation juridique à un courtier qui le nie et qui prétend ne pas l'avoir

declared it to the authorized agents of the insurers, this ground of defence is available to the latter.

It may be asked what interest Jeando Inc. had in obtaining insurance the proceeds of which would necessarily go to the owner of the building, or rather to the mortgagee. This interest is apparent; it consisted not only in fulfilling the obligation assumed by the lease, but also in not being exposed, should a fire occur, to the risk of a claim by the owner's insurers subrogated under art. 2584 C.C. (Cf. *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments*²).

I must now consider condition 10 (a), which reads as follows:

10. The company is not liable for the losses following, that is to say:

(a) For the loss of property owned by any other person than the assured, unless the interest of the assured is stated in or upon the policy;

At first sight, this wording seems to provide a certain basis for appellants' submissions. The wording can in fact be said to admit of the distinction which they seek to make under art. 2571 C.C. However, this is a case where the origin of the text must be taken into account. The statutory conditions for fire insurance were taken verbatim from an Ontario Statute dating from 1876 (39 Vict. c. 24) with all amendments thereto, when the Quebec legislature inserted identical provisions in the *Insurance Act* of 1909 (8 Ed. VII, c. 69). They were not rewritten to adapt them to the context of the *Civil Code*, as was done for art. 1056 (cf. *Pantel v. Air Canada*³). They were copied from c. 203 of the *Revised Statutes of Ontario*, 1897 (s. 168) as they then stood and included in the *Insurance Act* without any coordination with the articles of the *Civil Code*, which were simply ignored. "Statutory condition" 10(a) of the Ontario Statute became statutory condition 10(a) in Quebec with no other change than the substitution of the word "person" for the word "party". In these circumstances it is clear that the Legislature intended the enactment to have the same effect as the statute it had thus

déclarée aux agents autorisés des assureurs, ces derniers sont recevables à s'en plaindre.

On dira peut-être: Mais quel intérêt Jeando Inc. avait-elle à contracter une assurance dont tout le produit irait nécessairement au propriétaire ou plutôt au créancier hypothécaire? Cet intérêt est évident. Il consistait non seulement à satisfaire à l'obligation assumée par le contrat de location, mais également à n'être pas exposée, advenant l'incendie, à l'action récursoire des assureurs du propriétaire en vertu de l'art. 2584 C.c. (Cf. *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments*²).

Il faut maintenant passer à l'étude de la condition 10a) qui se lit comme suit:

10. La compagnie n'est pas responsable des pertes suivantes, savoir:

a) De la perte d'une propriété possédée par toute autre personne que l'assuré, à moins que l'intérêt de l'assuré ne soit mentionné dans ou sur la police;

A première vue, cette rédaction semble donner une certaine base aux prétentions des appelantes. On y trouve en effet un texte susceptible de comporter la distinction qu'elles prétendent faire sous le régime de l'art. 2571 C.c. Cependant, c'est ici un cas où il y a lieu de tenir compte de l'origine du texte. Les conditions statutaires dans l'assurance incendie ont été tirées textuellement d'une loi de l'Ontario datant de 1876 (39 Vict. c. 24) avec les modifications qui y avaient été apportées lorsque la Législature du Québec a inséré des dispositions identiques dans la *Loi des assurances* de 1909 (8 Ed. VII, c. 69). On n'a pas fait comme pour l'art. 1056 C.c. une nouvelle rédaction adaptée au reste du *Code civil* (cf. *Pantel c. Air Canada*³). On a copié le texte comme il se lisait alors au c. 203 des *Revised Statutes of Ontario* 1897 (art. 168) et on l'a inséré dans la *Loi des assurances* sans établir aucune coordination avec les articles du *Code civil* dont on ne s'est tout simplement pas préoccupé. La «condition statutaire» 10a) de la loi de l'Ontario est devenue la condition statutaire 10a) du Québec sans autre changement que la substitution du mot «person» au mot «party». Dans ces conditions, il est

² [1976] 2 S.C.R. 221.

³ [1975] 1 S.C.R. 472.

² [1976] 2 R.C.S. 221.

³ [1975] 1 R.C.S. 472.

copied and translated, regardless of any inconvenience.

This Court recently dealt with the New Brunswick statutory condition corresponding to Quebec statutory condition 10(a). This condition, now numbered 2 in New Brunswick as in Ontario, reads as follows:

2. Unless otherwise specifically stated in the contract, the insurer is not liable for loss or damage to property owned by any person other than the insured, unless the interest of the insured therein is stated in the contract.

This Court unanimously agreed that all that is necessary to satisfy this condition is that the insured have an insurable interest (*Wandlyn Motels v. Commerce General Insurance Company*⁴). This decision is in agreement with the judgment of the Court of Appeal of Ontario rendered in 1940 in *Ritchie and Dobbie v. Stanstead and Sherbrooke Fire Insurance Company*⁵, where Riddell J., speaking for the Court, said (at p. 42):

It was contended that as the insured was simply the tenant of the city, the insured property was the property, not of the insured, but of the city, and as this was not the property of the insured, and the fact was not "stated in the policy", the companies were not liable.

This brought into consideration the meaning of the word "owned" in the condition.

We think that this is fully and conclusively settled by the decisions in our own and the English courts.

Stroud's Judicial Dictionary, vol. 2, p. 1386, under the heading "owner" correctly states the law in England thus "The word 'owner' or 'proprietor' of a property is the person in whom (with his or her assent) it is for the time being beneficially vested and who has the occupation, or control, or usufruct of it: e.g. a lessee is during the term, the owner of the property demised.

⁴ [1970] S.C.R. 992.

⁵ (1940), 7 I.L.R. 41.

évident que la Législature a voulu, quels qu'en soient les inconvénients, que le texte ait le même effet que celui qu'elle avait ainsi transcrit et traduit.

Récemment, notre Cour avait à se prononcer sur la condition statutaire établie par la loi du Nouveau-Brunswick et correspondant à condition statutaire 10a) du Québec. Cette condition, qui porte maintenant le numéro 2 au Nouveau-Brunswick comme dans l'Ontario, se lit comme suit:

[TRADUCTION] 2. Sauf stipulation contraire expressément indiquée dans le contrat, l'assureur n'est pas responsable des pertes ou dommages causés à un bien appartenant à une autre personne que l'assuré, à moins que l'intérêt de l'assuré dans ce bien ne soit mentionné au contrat.

La Cour a été unanime à accepter que tout ce qui est nécessaire pour satisfaire à cette condition c'est que l'assuré ait un intérêt assurable. (*Wandlyn Motels c. Cie d'Assurance Générale de Commerce*⁴). Cette décision est d'accord avec l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu en 1940, *Ritchie and Dobbie c. Stanstead and Sherbrooke Fire Insurance Company*,⁵ où le juge Riddell parlant au nom de la Cour a dit (à la p. 42):

[TRADUCTION] On a soutenu que l'assuré était simplement locataire d'un bien de la ville et que le bien assuré appartenait à la ville et non à l'assuré et que puisque le bien n'appartenait pas à l'assuré et que cela n'était pas «déclaré dans la police d'assurance», les compagnies n'étaient pas responsables.

Cela nous a amenés à considérer la signification du mot «owned» (appartenant à ou possédé par) dans la condition en cause.

Nous estimons que cette question a été pleinement tranchée et d'une manière concluante dans les décisions de nos tribunaux et des tribunaux anglais.

Sous la rubrique «owner» (propriétaire), le *Stroud's Judicial Dictionary*, vol. 2 p. 1386, expose l'état du droit anglais en la matière; ainsi le terme «owner» ou «proprietor» (propriétaire ou possesseur) d'un bien désigne la personne qui, de son consentement, a un droit de propriété, à l'époque considérée, sur ce bien et qui l'occupe ou en a la garde ou l'usufruit: c.-à-d. qu'un locataire est, pendant la durée du bail, le «owner» (possesseur) du bien loué.

⁴ [1970] R.C.S. 992.

⁵ (1940), 7 I.L.R. 41.

In *Keefer v. The Phoenix Insurance Co. of Hartford*⁶, a case from Ontario, the building had not been leased but sold. By agreement with the purchaser, the vendor had insured the property for its full value and not just for the amount still owing. This Court allowed him to recover the full amount, contrary to what the Ontario Court of Appeal had held⁷. Statutory condition 10(a) was not referred to, although Gwynne J. noted at the outset of his reasons (at p. 145) that the policy was in the statutory form prescribed by the act (at that time R.S.O. 1887, c. 167). It is perhaps not without interest to observe that in that case, the insurer did not know that the interest of the insured was that of a vendor who had not been fully paid, not that of an owner. Under the Nova Scotia Act, it had earlier been held in *Caldwell v. Stadacona Fire*⁸, that the interest of the insured is not a circumstance that he is obliged to declare when not required.

To interpret the statutory condition as appellants contend would mean that, after loss or damage, insurance companies could without having to show any prejudice, evade their obligations whenever the insured's interest is not that of an owner and has not been stated in the policy; and they make this argument on the basis of public order, whereas it is purely a matter of form in a consensual contract. For such an interpretation of the Act to prevail, the legislator's intention of imposing this inequitable result would have to be abundantly clear, whereas it is apparent that the Legislature of Quebec, in adopting the statutory conditions established in the province of Ontario following an inquiry made in the interest of persons insured and for their protection, could have no other intention than that of securing the same benefits to persons insured in Quebec, not of imposing unjust conditions on them due to some differences between the principles of the civil law and those of the common law.

Dans *Keefer c. The Phoenix Insurance Co. of Hartford*⁶, une affaire venant de l'Ontario, il s'agissait d'un immeuble, non pas loué, mais vendu. Par convention avec l'acheteur, c'est le vendeur qui avait assuré la propriété pour la pleine valeur et non seulement ce qui lui restait dû. La Cour lui a permis de recouvrer le plein montant contrairement à ce que la Cour d'appel d'Ontario avait décidé⁷. On n'a pas dit un mot de la condition statutaire 10a) quoique M. le juge Gwynne signale au début de ses motifs (à la p. 145) que la police était dans la forme prescrite par la loi (alors R.S.O. 1887, c. 167). Il n'est peut-être pas sans intérêt de noter que dans cette affaire-là, l'assureur ne savait pas que l'intérêt de l'assuré était celui de vendeur incomplètement payé et non pas celui de propriétaire. Sous la loi de la Nouvelle-Écosse, on avait déjà statué dans *Caldwell c. Stadacona Fire*⁸, que l'intérêt de l'assuré n'est pas une circonstance qu'il est tenu de déclarer quand on ne le lui demande pas.

Interpréter la condition statutaire comme les appelantes le veulent, signifierait qu'après un sinistre les compagnies d'assurance peuvent, sans avoir à démontrer le moindre préjudice, se soustraire à leurs obligations chaque fois que l'intérêt de l'assuré n'est pas celui de propriétaire et n'a pas été décrit dans la police. Et l'on dit cela en invoquant l'ordre public alors qu'il s'agit d'une pure question de forme dans un contrat consensuel. Pour admettre une telle interprétation de la loi, il faudrait que l'intention du législateur d'imposer un résultat aussi inéquitable soit absolument manifeste, alors qu'il est au contraire évident que celle de la Législature du Québec, en adoptant les conditions statutaires établies dans la Province d'Ontario à la suite d'une enquête faite dans l'intérêt des assurés et pour leur protection, ne pouvait pas être autre que de procurer les mêmes avantages aux assurés du Québec, non pas de leur imposer des conditions injustes à cause de certaines différences entre les principes du droit civil et ceux de la «*common law*».

⁶ (1901), 31 S.C.R. 144.

⁷ (1899), O.A.R. 277.

⁸ (1883), 11 S.C.R. 212.

⁶ (1901), 31 R.C.S. 144.

⁷ (1899), 26 O.A.R. 277.

⁸ (1883), 11 R.C.S. 212.

Furthermore, it should be noted that the French version of condition 10(a) has the word "possédée" as the equivalent of the word "owned" in the English. This word in itself does not necessarily imply possession as owner. While it is true that a tenant's possession is precarious and does not make him a possessor for the purpose of real actions such as a possessory action, the fact remains that, without being a real right, it is nevertheless possession of a kind. From the point of view of fire insurance, this possession has an important consequence. It makes the tenant legally liable for any loss occurring by fire in the premises leased, unless he can prove that the fire was not caused by his fault or that of persons for whom he is responsible (in 1965, art. 1629 C.C.). It is thus quite proper for him to seek to protect himself from this contingency by obtaining insurance for the benefit of the owner, instead of letting the latter take care of it, with the consequence that, in economic terms, he incurs the cost thereof without any benefit, on account of art. 2584.

There remains to consider what was said in *North Empire Fire Insurance Co. v. Vermette*⁹, a case which appellants made the basis of their argument. It is important to emphasize that in that case, the insured was a figure-head, that is a person who held the insured assets on behalf of the true owner and had no right in them. It was held that this figure-head had no insurable interest, and this is in line with all the cases on that point. No one may contend that the same applies to a tenant who undertook to insure the thing, and did so for the benefit of the owner and the mortgagee. As has been seen, appellants abandoned this contention. Therefore, all they now quote from *Vermette* is what was there said concerning the meaning of the word "possédée" in statutory condition 10(a), interpreting it as if it were a clause in a marriage contract (at p. 192, referring to [1937] S.C.R. 288), without considering the origin of the provision. The Court of Appeal very properly rejected this interpretation, which should be considered an

⁹ [1943] S.C.R. 189.

Au reste, il faut noter que dans le texte français de la condition 10(a), c'est le mot «possédée» que l'on trouve comme équivalent du mot «owned» dans la version anglaise. Ce mot, en lui-même, n'implique pas nécessairement la possession à titre de propriétaire. S'il est vrai que la possession du locataire est précaire et n'en fait pas un possesseur pour les fins d'actions réelles comme l'action possessoire, il n'en reste pas moins que sans avoir un droit réel, le locataire a néanmoins une possession. Du point de vue de l'assurance incendie, cette possession a une conséquence importante. Elle le rend de plein droit responsable de la perte soufferte lorsqu'il arrive un incendie dans les lieux loués, à moins qu'il ne soit en mesure de prouver que l'incendie n'a pas été causé par sa faute ou celle de personnes dont il est responsable (en 1965, art. 1629 C.c.). Rien de plus normal pour lui, par conséquent, que de chercher à se prémunir contre cette éventualité en prenant une assurance au bénéfice du propriétaire au lieu de laisser celui-ci s'en charger avec la conséquence que, dans la réalité économique, il en fait les frais sans en avoir le bénéfice vu l'art. 2584.

Il reste à considérer ce que l'on a dit dans *North Empire Fire Insurance Co. c. Vermette*⁹, arrêt dont les appelantes ont fait la base de leur argumentation. Ce qu'il importe de souligner c'est que, dans cette affaire-là, l'assuré était un prête-nom, c'est-à-dire une personne qui détenait les biens assurés pour le compte du vrai propriétaire et n'y avait aucun droit. On a statué que ce prête-nom n'avait aucun intérêt assurable et cela est conforme à toute la jurisprudence sur le point. Personne ne saurait prétendre qu'il en va de même du locataire qui s'est obligé à assurer la chose et l'a fait au bénéfice du propriétaire et du créancier hypothécaire. Comme on l'a vu, les appelantes ont renoncé à cette prétention. Par conséquent, tout ce qu'elles invoquent dans les motifs de l'arrêt *Vermette* c'est ce que l'on y a dit sur le sens du mot «possédée» dans la condition statutaire 10(a) en l'interprétant comme s'il s'agissait d'une clause de contrat de mariage (à la p. 192, renvoi à [1937] R.C.S. 288) sans tenir aucun compte de l'origine

⁹ [1943] R.C.S. 189.

obiter dictum, as well as what was said concerning art. 2571 C.C.

For these reasons I conclude that the appeal should be dismissed with costs.

DE GRANDPRÉ J.—This appeal raises the question of the validity of three insurance policies in the light of art. 2571 of the *Civil Code* and statutory condition 10(a) (*Insurance Act*, R.S.Q. 1964, c. 295).

These policies, for a total sum of \$50,000, were issued in the spring of 1967 to Jeando Inc., the lessee of the insured hotel. The compensation in case of loss was made payable to (1) Hector Charette and (2) West End Investment, in accordance with their interests, subordinately to the hypothecary clause annexed to the policy. The following are the facts which preceded the issuance of these three insurance contracts:

(1) on September 27, 1965, West End sold Hector Charette the building in question, keeping a hypothec of over \$50,000, which was still in existence at the time of the fire;

(2) on February 1, 1967, Charette rented the building to Jean-Guy Brunet, who was acting for "a company to be incorporated under the name of Jeando Inc.", under a lease the only pertinent clause of which imposes on the lessee the obligation of insuring "the premises in question and their contents" for the duration of the lease, and paying the resulting premiums regularly;

(3) in March 1967 the letters patent creating Jeando Inc. were issued;

(4) in April 1967 Brunet entrusted an insurance broker, Philippe Guénette, with the task of obtaining the necessary insurance; Guénette did not communicate directly with appellants, but he was able to have the policies issued by contacting a certain Morin, a representative of appellants Aetna Insurance Company and Compagnie d'Assurance Canadienne Générale, and Canado-Britannia Insurance Brokers Ltd., representing the other insurers.

du texte. C'est a bon droit que la Cour d'appel a rejeté cette interprétation qu'il faut considérer comme un *obiter dictum* de même que ce que l'on a dit sur l'art. 2571 C.c.

Pour ces motifs je conclus que le pourvoi doit être rejeté avec dépens.

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Ce pourvoi pose la question de la validité de trois polices d'assurance à la lumière de l'art. 2571 du *Code civil* et de la condition statutaire 10a) (*Loi des assurances*, c. 295, S.R.Q. 1964).

Ces polices, pour une somme assurée totale de \$50,000, furent émises au printemps de 1967 à Jeando Inc., le locataire de l'hôtel assuré. L'indemnité en cas de sinistre fut faite payable à (1) Hector Charette et (2) West End Investment, selon leurs intérêts, subordonnément à la clause hypothécaire annexée à la police. Voici les faits qui avaient précédé l'émission de ces trois contrats d'assurance:

1) le 27 septembre 1965, West End avait vendu à Hector Charette l'immeuble dont il est ici question et avait conservé sur l'immeuble une hypothèque de plus de \$50,000 qui existait encore au moment de l'incendie;

2) le 1^{er} février 1967, Charette avait loué l'immeuble à Jean-Guy Brunet agissant pour «une compagnie à être incorporée sous le nom de Jeando Inc.» aux termes d'un bail dont la seule clause pertinente impose au locataire l'obligation d'assurer «le local en question et ce qu'il contient» pour la durée du bail et de payer régulièrement les primes en résultant;

3) en mars 1967 furent émises les lettres patentes créant Jeando Inc.;

4) en avril 1967, Brunet confia à un courtier d'assurances, Philippe Guénette, le soin d'obtenir les assurances nécessaires; Guénette ne communiqua pas directement avec les appelantes mais il obtint l'émission des polices en communiquant, d'une part, avec un nommé Morin, représentant les appelantes Aetna Insurance Company et Compagnie d'Assurance Canadienne Générale, et, d'autre part, avec Canado-Britannia Insurance Brokers Ltd., représentant les autres assureurs.

On October 16, 1967, there occurred the fire which destroyed the building that had been insured, causing damage admitted by the parties to be over \$50,000. After the fire the insurers learned that Jeando was only the lessee of the insured building, a fact which neither Morin nor Canado-Britannia knew. Relying on arts. 2474, 2480 and 2571 of the *Civil Code* as well as on statutory condition 10(a), the insurers maintained the policies were void and refused to pay the compensation claimed by respondent. The insurers stated

- (a) that there was no insurable interest, or at the very least,
- (b) that if an interest existed, it could only be a partial interest which had not been specified in the policies as required by the relevant legislation.

The Superior Court rejected the first argument. In my opinion it was justified in doing so, in view of the obligation accepted by the lessee of insuring the entire building and its contents for the term of the lease. The insurers were therefore right not to raise this point again in the Court of Appeal or in this Court. Legal theory and precedent rightly consider that a lessee who has assumed the obligation of obtaining insurance for the benefit of the lessor and other persons with an interest in the building has an insurable interest "in the thing insured". The Court of Appeal mentions this in *La Compagnie d'Assurance Stanstead and Sherbrooke v. Fabi*¹⁰, where Choquette J., speaking for the Court, writes at p. 604:

[TRANSLATION] We must also respect the contractual provision making insurance the responsibility of the lessee.

For reasons based on fundamental differences between civil and common law, as we shall see later, the lessee's insurable interest is accepted in English law as a general principle.

It is therefore only the second argument, which was also rejected by the Quebec courts, which the parties have examined in this Court. Article 2571 C.C. reads as follows:

¹⁰ [1960] Que. Q.B. 601.

Le 16 octobre 1967 survint l'incendie qui détruisit l'édifice assuré, causant des dommages admis par les parties à plus de \$50,000. Après cet incendie, les assureurs apprirent que Jeando n'était que locataire de l'édifice assuré, fait que ne connaissaient ni Morin, ni Canado-Britannia. S'appuyant sur les art. 2474, 2480 et 2571 du *Code civil* ainsi que sur la condition statutaire 10a), les assureurs invoquèrent la nullité des polices pour refuser de payer l'indemnité réclamée par l'intimée. Les assureurs affirmaient donc

- a) l'inexistence de tout intérêt assurable, ou, à tout le moins,
- b) que, si un intérêt existait, il ne pouvait s'agir que d'un intérêt partiel qui n'avait pas été spécifié dans les polices conformément aux textes de lois pertinents.

La Cour supérieure a écarté le premier moyen. Quant à moi, elle a eu raison, vu l'obligation acceptée par le locataire d'assurer la totalité de l'édifice et de son contenu durant la période du bail. C'est donc à bon droit que les assureurs n'ont pas soulevé ce point à nouveau devant la Cour d'appel non plus que devant nous. La doctrine et la jurisprudence considèrent à juste titre que le locataire qui a assumé l'obligation d'obtenir une assurance pour le bénéfice du locateur et des autres personnes intéressées dans l'immeuble a un intérêt assurable «dans la chose assurée». La Cour d'appel le mentionne dans *La Compagnie d'Assurance Stanstead and Sherbrooke c. Fabi*¹⁰, où M. le juge Choquette, exprimant l'avis de la Cour, écrit à la p. 604:

Il faut aussi respecter la disposition contractuelle mettant l'assurance à la charge du preneur.

Pour des raisons qui tiennent à des différences fondamentales entre le droit civil et la «*common law*», ainsi que nous le verrons plus loin, l'intérêt assurable du locataire en droit anglais est admis en thèse générale.

C'est donc uniquement le deuxième moyen, écarté lui aussi par les tribunaux du Québec, que les parties ont étudié devant nous. L'article 2571 C.C. énonce:

¹⁰ [1960] B.R. 601.

The interest of an insurer against loss by fire may be that of an owner, or of a creditor, or any other interest appreciable in money in the thing insured; but the nature of the interest must be specified.

Appellants argued that since the interest of the insured party, the lessee of the building, could only be a partial interest, and since the nature of this interest was not specified in the policies, the policies are invalid.

There is no doubt in my mind that the text of art. 2571 C.C., read together with the other articles of the *Code* setting forth the obligations of the insured party, imposes on the latter the obligation of revealing the exact nature of his interest in the thing insured. This is merely a clarification of the rule contained in art. 2485 C.C., that "the insured is obliged to represent to the insurer fully and fairly every fact which shows the nature and extent of the risk". This risk is a function of several factors, the identity of the owner and the relationship of the insured party to the object being certainly facets of the moral risk. This obligation exists, whether or not the insurer has asked any questions about the matter, when, as in the present case, the proposal is an oral one; if the proposal had been written, the situation might have been quite different, depending on the questions put to the proposer.

It cannot be concluded from the foregoing that the insurers had to prove the "materiality" of the fact that Jeando was not the owner of the insured hotel. It is true that in *The North Empire Fire Insurance Company v. Vermette*¹¹ the insurer presented two testimonies in this connection. It has always seemed to me that proof of this nature is at least unnecessary, since the law itself has provided that the insured is obliged to reveal the nature of his interest, with the result that this statement automatically becomes "material".

Respondent, for its part, replies that in the case at bar the insurers cannot raise this argument because they were aware of the facts, since these had been revealed to the broker Guénette, and the latter's knowledge is, for all legal purposes, the

¹¹ [1943] S.C.R. 189.

L'intérêt d'une personne qui assure contre le feu peut être celui de propriétaire ou de créancier, ou tout autre intérêt dans la chose assurée, appréciable en argent; mais la nature de cet intérêt doit être spécifiée.

Comme l'intérêt de l'assuré, locataire de l'édifice, ne pouvait être qu'un intérêt partiel et comme la nature de cet intérêt n'a pas été spécifiée dans les polices, celles-ci seraient invalides, affirment les appelantes.

Il ne fait aucun doute à mon sens que le texte de 2571 C.c., lu avec les autres articles du *Code* énonçant les obligations de l'assuré, impose à celui-ci l'obligation de dévoiler la nature exacte de son intérêt dans la chose assurée. Il ne s'agit là que d'une précision apportée à la règle de 2485 C.c. que «l'assuré est tenu de déclarer pleinement et franchement tout fait qui peut indiquer la nature et l'étendue du risque». Ce risque est fonction de plusieurs facteurs, l'identité du propriétaire et la relation de l'assuré avec l'objet étant certainement des facettes du risque moral. Cette obligation existe que l'assureur ait ou non posé des questions sur le point lorsque, comme en l'espèce, la proposition est orale; si la proposition avait été écrite, la situation aurait pu être fort différente, suivant le texte des questions posées au proposant.

Il ne découle pas de ce qui précède que les assureurs devaient faire une preuve de la «matérialité» du fait que Jeando n'était pas propriétaire de l'hôtel assuré. Il est vrai que dans l'affaire *The North Empire Fire Insurance Company c. Vermette*¹¹, l'assureur avait présenté deux témoignages à ce sujet. Il m'a toujours semblé qu'une preuve de ce genre est au moins inutile, la loi elle-même ayant édicté que l'assuré a cette obligation de dévoiler la nature de son intérêt avec le résultat que cette déclaration devient automatiquement «matérielle».

L'intimée, pour sa part, réplique qu'en l'espèce les assureurs ne peuvent soulever ce moyen parce qu'ils étaient au courant des faits, ceux-ci ayant été dévoilés au courtier Guénette et que la connaissance de celui-ci, à toutes fins juridiques, est la

¹¹ [1943] R.C.S. 189.

knowledge of the insurers. I cannot accept this contention. The evidence indicates consistently that Guénette had no authority to bind the insurers and that in fact he did not represent any of them. Even if one maintains that Guénette was not the insured's broker, the fact remains that neither was he an agent of the insurers capable of binding them through his knowledge of the facts. The policies are not his doing but that of Morin and Canado-Britannia, and Guénette stated in his testimony that his volume of business did not permit him to place \$50,000 insurance directly on a hotel. Between the insured and the insurers there were two intermediaries, and in order for Guénette's knowledge, if any, to bind the insurers, this knowledge should also have been that of Morin and Canado-Britannia, which was not the case. We must apply here the well-established rule of this Court in *Summers v. The Commercial Union Assurance Company*¹², *The Canadian Fire Insurance Company v. Robinson*¹³ and *Canadian Home Assurance Company v. Gauthier*¹⁴, a rule which has been recognized on several occasions by the Court of Appeal of Quebec, in particular in *Car and General Insurance Corporation Limited v. Therrien*¹⁵.

This situation was not changed by the fact that Morin and Guénette shared the commission. It should be noted that no evidence was introduced regarding dealings between Canado-Britannia and Guénette. Even if the trial judge was correct in inferring that the situation was the same in both cases—an inference which does not seem to me to be justified—this situation does not allow one to conclude that there were two associations, between Guénette and Morin on the one hand and between Guénette and Canado-Britannia on the other hand, with the result that the knowledge of Guénette would be the knowledge of the other two. Moreover, the simple fact of splitting the commission does not prove anything other than that each of the intermediaries, recognizing that his role had been a partial one, wished the remuneration to be divided in accordance with the size of each per-

connaissance des assureurs. Je ne puis accepter cette prétention. La preuve révèle sans contradiction que Guénette n'avait aucune autorité pour lier les assureurs et que de fait il ne représentait aucun d'eux. Même si l'on tient que Guénette n'était pas le courtier de l'assurée, il reste qu'il n'était pas non plus un agent des assureurs en mesure de les lier par sa connaissance des faits. Les polices ne sont pas son œuvre mais celle de Morin et de Canado-Britannia, et Guénette affirme dans son témoignage que son volume d'affaires ne lui permettait pas de placer directement une assurance de \$50,000 sur un hôtel. Entre l'assurée et les assureurs, il y avait deux intermédiaires et pour que la connaissance de Guénette, si elle existe, lie les assureurs, cette connaissance devait être aussi celle de Morin et de Canado-Britannia, ce qui n'était pas le cas. Il faut appliquer ici la jurisprudence constante de notre Cour dans *Summers c. The Commercial Union Assurance Company*¹², *The Canadian Fire Insurance Company c. Robinson*¹³ et *Canadian Home Assurance Company c. Gauthier*¹⁴, jurisprudence acceptée à plusieurs reprises par la Cour d'appel du Québec, particulièrement dans *Car & General Insurance Corporation Limited c. Therrien*¹⁵.

Cette situation n'a pas été modifiée par le partage de la commission entre Morin et Guénette. Il faut noter qu'aucune preuve n'a été apportée de ce qui est survenu entre Canado-Britannia et Guénette. Même si le juge de première instance a eu raison d'inférer que la situation était la même dans les deux cas—inférence qui ne me semble pas justifiée—cette situation ne permet pas de conclure à l'existence, entre Guénette et Morin, d'une part, et entre Guénette et Canado-Britannia, d'autre part, de deux sociétés, avec le résultat que la connaissance de Guénette serait la connaissance des deux autres. D'ailleurs, le simple fait de diviser la commission ne prouve rien d'autre que ceci: chacun des intermédiaires reconnaissant que son rôle avait été partiel, a voulu que la rémunération soit partagée suivant l'importance de la contribution de chacun. Pas plus en assurances que dans

¹² (1881), 6 S.C.R. 19.

¹³ (1901), 31 S.C.R. 488.

¹⁴ [1966] S.C.R. 305.

¹⁵ [1969] Que. Q.B. 144.

¹² (1881), 6 R.C.S. 19.

¹³ (1901), 31 R.C.S. 488.

¹⁴ [1966] R.C.S. 305.

¹⁵ [1969] B.R. 144.

son's contribution. Distribution of the sum according to the participation of two persons in the result does not in itself make it possible to conclude, in insurance any more than in other commercial activities, that there is an association between them.

The insurers are therefore right in saying that art. 2571 *C.C.* imposes on the insured the obligation to reveal the nature of his interest, and that in the case at bar, they have not relieved Jeando of this obligation. However, even though *prima facie* art. 2571 *C.C.* imposes on the insured the obligation of revealing the nature of his interest even where he is the owner, this conclusion must be rejected owing to the natural presumption in favour of the right of ownership when a person asks an insurer to issue a contract of insurance. This is especially true in the case at bar since the hypothecary clause attached to the policies identified Charette and West End Investment as hypothecary creditors; the result is an even stronger *prima facie* presumption that the insured is the owner of the building mentioned in the policy (art. 2037 ff. *C.C.*).

However, the foregoing does not dispose of the appeal. The rule established in art. 2571 *C.C.* seems to me to have been modified by the enactment of condition 10(a) in 1908.

(10) La compagnie n'est pas responsable des pertes suivantes, savoir:

(a) De la perte d'une propriété possédée par toute autre personne que l'assuré, à moins que l'intérêt de l'assuré ne soit mentionné dans ou sur la police;

It must be remembered that the statutory conditions were borrowed almost word for word from the other provinces, in particular Ontario, with the result that the French text is but a translation of the English text, which reads as follows:

(10) The company is not liable for the losses following, that is to say:

(a) For the loss of property owned by any other person than the assured, unless the interest of the assured is stated in or upon the policy;

In my opinion the legislator, in adopting this text, changed the rule in art. 2571 and limited the obligation to reveal the nature of the interest only

d'autres activités commerciales, la répartition du prix suivant la participation de deux personnes au résultat ne permet, en soi, de conclure à une société entre elles.

Les assureurs ont donc raison d'affirmer que l'art. 2571 *C.c.* impose à l'assuré l'obligation de dévoiler la nature de son intérêt et qu'en l'espèce, ils n'ont pas relevé Jeando de cette obligation. Par ailleurs, même si, à première vue, le texte de 2571 *C.c.* impose à l'assuré l'obligation de dévoiler la nature de son intérêt même lorsqu'il est propriétaire, cette conclusion doit être écartée vu la présomption naturelle en faveur du droit de propriété lorsqu'une personne demande à un assureur l'émission d'un contrat d'assurance. Cela est d'autant plus vrai en l'espèce que la clause hypothécaire attachée aux polices identifie Charette et West End Investment comme des créanciers hypothécaires; il en résulte à première vue une présomption encore plus forte que l'assurée est propriétaire de l'édifice mentionné dans la police (art. 2037 et suivants du *Code civil*).

Ce qui précède, toutefois, ne dispose pas du pourvoi. En effet, la règle posée par 2571 *C.c.* me semble avoir été modifiée par l'adoption en 1908 de la condition 10a):

(10) La compagnie n'est pas responsable des pertes suivantes, savoir:

a) De la perte d'une propriété possédée par toute autre personne que l'assuré, à moins que l'intérêt de l'assuré ne soit mentionné dans ou sur la police;

Il faut se souvenir que les conditions statutaires ont été empruntées à peu près mot à mot des autres provinces, particulièrement de l'Ontario, de sorte que le texte français n'est qu'une traduction du texte anglais qui est dans les termes suivants:

(10) The company is not liable for the losses following, that is to say:

(a) For the loss of property owned by any other person than the assured, unless the interest of the assured is stated in or upon the policy;

A mon sens, en adoptant ce texte, la législature a modifié la règle de 2571 et a restreint aux seuls cas où l'assuré ne «possède» pas l'objet assuré

to those cases where the insured does not "own" the insured object. The concept of "propriété" in the *Civil Code* is much narrower than the concept of "ownership" in the common law. For the civil lawyer the lessee acquires only a personal right, a claim of enjoyment (Mignault, *Le droit civil canadien*, Vol. 7, p. 233), whereas in common law the lessee holds part of the property right—he has an "estate or interest in the land or premises demised" (Williams' *Canadian Law of Landlord and Tenant*, 4th ed., 1973, p. 1). This is what has allowed the common law courts to maintain, as they always have, that "a lessee is during the term, the owner of the property demised" (*Ritchie and Dobbie v. Stanstead and Sherbrooke Fire Insurance Company*¹⁶).

In enacting in this manner in 1908 legislation which came from the common law, the Quebec legislator broadened the group of insured persons whose interest does not have to be specified in the policy at the risk of rendering the latter invalid. This is clear from the French version, the word "owned" having been translated in such a way as to indicate that what is involved is clearly not the right of "propriété" in the civil law sense (art. 406 C.C.). On the contrary, the word "owned" was translated by the word "possédée", which has a much broader meaning, as established by art. 2192 C.C.

This conclusion is obviously contrary to the opinion, expressed by this Court in *Vermette supra*, that statutory condition 10(a) refers to the owner in the civil law sense. With all due respect, I am of the opinion that this was an *obiter dictum*, the decision really being based on the fact that the insured had no insurable interest. Since this lack of interest had been recognized by the Court, the other points raised by the insurer lost their purpose. Moreover, a reading of the parties' factums shows that they had not considered the result of this evolution in the legislation.

For these reasons I would uphold the judgment being appealed and dismiss the appeal with costs.

¹⁶ (1940), 7 I.L.R. 41.

l'obligation de dévoiler la nature de son intérêt. La «propriété» du *Code civil* est un concept plus étroit que celui de «ownership» de la «common law». Pour le civiliste, le locataire n'acquiert qu'un droit personnel, une créance de jouissance (Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 7, à la p. 233) tandis qu'en «common law», le locataire détient une partie du droit de propriété, il a un «estate or interest in the land or premises demised» (*Williams' Canadian Law of Landlord and Tenant*, 4^e éd., 1973, à la p. 1). C'est ce qui a permis aux tribunaux de la «common law» d'affirmer depuis toujours que «a lessee is during the term, the owner of the property demised» (*Ritchie and Dobbie c. Stanstead and Sherbrooke Fire Insurance Company*¹⁶).

En adoptant ainsi en 1908 une législation venant de la «common law», le législateur québécois a élargi le groupe des assurés dont l'intérêt n'a pas à être spécifié dans la police sous peine de nullité de celle-ci. Ceci ressort de la version française, le mot «owned» ayant été traduit de façon à souligner qu'il ne s'agit clairement pas du droit de propriété au sens du droit civil (art. 406 C.c.). Au contraire, le mot «owned» a été traduit par le mot «possédée» dont le sens est beaucoup plus large ainsi que l'art. 2192 C.c. l'établit.

Cette conclusion est évidemment contraire à l'opinion, exprimée par cette Cour dans l'arrêt *Vermette* précité, que la condition statutaire 10a) réfère au propriétaire au sens du droit civil. Avec déférence, je suis d'avis qu'il s'agissait là d'un *obiter*, la décision étant vraiment fondée sur la non-existence d'un intérêt assurable chez l'assuré. Cette absence d'intérêt ayant été reconnue par la Cour, les autres points soulevés par l'assureur devenaient sans objet. D'ailleurs, la lecture des factums des parties démontre qu'elles n'avaient pas étudié le résultat de cette évolution dans la législation.

Pour ces raisons, je confirmerais donc le dispositif du jugement dont appel et rejetterais le pourvoi avec dépens.

¹⁶ (1940) 7 I.L.R. 41.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Viau, Bélanger, Hébert, Mailloux, Beauregard, Paquet & Pinard, Montreal.

Solicitors for the respondent: Chais, Salomon, Gebber, Reis, Bronstein & Litvack, Montreal.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Viau, Bélanger, Hébert, Mailloux, Beauregard, Paquet & Pinard, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Chais, Salomon, Gebber, Reis, Bronstein & Litvack, Montréal.

Quebec North Shore Paper Company and Quebec and Ontario Transportation Company Limited (*Defendants*) *Appellants*;

and

Canadian Pacific Limited and Incan Ships Limited (*Plaintiffs*) *Respondents*.

1976: June 17; 1976: June 29.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Courts — Jurisdiction of the Federal Court — Action for damages and resiliation of contracts — Claim for relief under applicable federal law — British North America Act, 1867, s. 101 — Federal Court Act, R.S.C. 1970, 2nd Supp., c. 10, s. 23.

Appellants undertook by contract to build a marine terminal at Baie Comeau, Quebec, to transport newsprint to the United States. The building of this marine terminal, to be available by May 15, 1975, was a key term of the entire scheme. On March 14, 1975, since appellants had not fulfilled their obligations and had not commenced to build the marine terminal, respondents brought action for damages and for resiliation of the contracts in the Federal Court. The appellants challenged the jurisdiction of the Federal Court. The Federal Court of Appeal affirmed the judgment of the Trial Division and held that the Federal Court had jurisdiction to entertain the action under s. 23 of the *Federal Court Act*.

Held: The appeal should be allowed.

The question of jurisdiction turns on the meaning and application of s. 23 of the *Federal Court Act* in the light of the contracts out of which the claims arose. Section 23 must be assessed under the terms of s. 101 of the *British North America Act*. The expression "remedy under an Act of Parliament of Canada or otherwise" in s. 23 cannot be given a construction that would take it beyond the scope of the expression "administration of the laws of Canada" in s. 101. There is no Act of the Parliament of Canada under which the relief sought in the action is claimed. The jurisdiction hinges therefore on the words "or otherwise" in s. 23 and one cannot say that because Quebec law applies to the claim for relief in this case, that law forms part of the laws of Canada when there is no federal re-enactment or referential

Quebec North Shore Paper Company et Quebec and Ontario Transportation Company Limited (*Défenderesses*) *Appelantes*;

et

Canadien Pacifique Limitée et Incan Ships Limited (*Demandereses*) *Intimées*.

1976: le 17 juin; 1976: le 29 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Compétence de la Cour fédérale — Action en dommages-intérêts et en annulation de contrats — Demande de redressement en vertu d'une législation fédérale applicable — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 101 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, 2^e Supp., c. 10, art. 23.

Les appelantes s'étaient engagées par contrat à construire une gare maritime à Baie Comeau (Québec) pour le transport de papier journal à destination des États-Unis. La construction de cette gare maritime, devant être terminée le 15 mai 1975, était un élément essentiel du projet. Le 14 mars 1975, les appelantes ayant manqué à leurs engagements et n'ayant même pas commencé la construction de la gare maritime, une action en dommages-intérêts et en annulation des contrats fut introduite par les intimées devant la Cour fédérale. Les appelantes ont contesté la compétence de la Cour fédérale. La Cour d'appel fédérale a confirmé le jugement de la division de première instance et jugé que la Cour fédérale était compétente pour entendre le litige en vertu de l'art. 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

La question de compétence dépend de la signification et de l'application de l'art. 23 de la *Loi sur la Cour fédérale* compte tenu des contrats qui ont donné naissance aux réclamations. Cet art. 23 doit être analysé à la lumière de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. On ne peut donner aux termes «demande de redressement faite en vertu d'une loi du Parlement du Canada ou autrement» de l'art. 23 une interprétation dépassant la portée de l'expression «exécution des lois du Canada» de l'art. 101. Le redressement réclamé ne l'est pas en vertu d'une loi du Parlement du Canada. La question de compétence tourne donc autour des termes «ou autrement» employés à l'art. 23 et l'on ne peut dire que du fait que les lois du Québec s'appliquent à la présente demande de redressement, ces lois font partie

incorporation. If valid and applicable, as Quebec law obviously is in the present case (indeed, as being the law chosen by the parties to govern the agreement), it is not *pro tanto* federal law, nor can it be transposed into federal law for the purposes of giving jurisdiction to the Federal Court.

Judicial jurisdiction of the Federal Court is not co-extensive with legislative jurisdiction of Parliament. Section 101 of the *British North America Act* does not speak of the establishment of Courts in respect of matters within federal legislative competence but of Courts "for the better administration of the laws of Canada". The word "administration" and the plural word "laws" both carry the requirement that there be applicable and existing federal law. Section 23 of the *Federal Court Act* requires that the claim for relief be one sought under such law. Since this requirement has not been met in the present case, the judgments from the lower Courts must be set aside.

Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Corporation Ltd., [1930] S.C.R. 531; *Consolidated Distilleries Ltd. v. The King*, [1933] A.C. 508, rev'g [1932] S.C.R. 419, discussed; *Canadian National Railway Co. v. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 322; *Johannesson v. West St-Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] S.C.R. 207, referred to.

APPEAL from a decision of the Federal Court of Appeal¹ affirming a trial judgment of the Federal Court and holding that the Federal Court had jurisdiction to entertain the action. Appeal allowed:

Peter M. Laing, Q.C., and *Graham Nesbitt*, for the appellants.

C. R. O. Munro, Q.C., for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The appellants before this Court are defendants in an action brought against them by the respondents in the Federal Court of Canada for damages for breach of a

¹ [1976] 1 F.C. 646.

des lois du Canada, lorsqu'elles n'ont pas été promulguées comme lois fédérales ni adoptées par renvoi. Si la loi est valide et applicable, comme c'est le cas en l'espèce pour la loi du Québec (les parties ayant convenu que leur contrat serait régi par les lois du Québec), elle ne constitue pas, *pro tanto*, une loi fédérale et ne peut être transposée dans le droit fédéral afin de donner compétence à la Cour fédérale.

La compétence judiciaire de la Cour fédérale ne recouvre pas les mêmes domaines que la compétence législative du Parlement. L'article 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ne traite pas de la création des tribunaux pour connaître des sujets relevant de la compétence législative fédérale, mais «pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada». Le terme «exécution» et le mot pluriel «lois» supposent tous deux l'existence d'une législation fédérale applicable. L'article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale* exige que la demande de redressement soit faite en vertu de pareille loi. Cette exigence n'étant pas remplie en l'espèce, les jugements des tribunaux d'instance inférieure doivent être infirmés.

Arrêts discutés: *Consolidated Distilleries Ltd. c. Consolidated Corporation Ltd.*, [1930] R.C.S. 531; *Consolidated Distilleries Ltd. c. Le Roi*, [1933] A.C. 508 infirmant [1932] R.C.S. 419; arrêts mentionnés: *La Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 322; *Johannesson c. West St-Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Campbell-Bennett Ltd. c. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] R.C.S. 207.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ ayant confirmé le jugement de la Cour fédérale, première instance, et jugé que la Cour fédérale était compétente pour entendre le litige. Pourvoi accueilli.

Peter M. Laing, c.r., et *Graham Nesbitt*, pour les appelants.

C. R. O. Munro, c.r., pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Les appelantes en l'espèce agissent en défense dans une action en dommages-intérêts, intentée par les intimées devant la Cour fédérale du Canada, pour inexécution d'une obli-

¹ [1976] 1 C.F. 646.

contractual obligation to build a rail car marine terminal at Baie Comeau in Quebec, such terminal to be available by May 15, 1975. The obligation arose under a contract of January 22, 1974, supplemented by contracts of February 13, 1974 and March 26, 1974. The contract of January 22, 1974, entitled "Heads of Agreement" opens as follows:

The following Heads of Agreement are set out as an agreement for the operation of rail transporters to transport newsprint of Quebec North Shore Paper Company between Baie Comeau, Quebec, and Quebec City, Quebec for furtherance to New York City, New York, and Chicago, Illinois, and other destinations, and to transport general cargo to and from points on the North Shore of the St. Lawrence, and to define the obligations and responsibilities of Quebec North Shore Paper Company, Canadian Pacific Limited, Quebec & Ontario Transportation Company, Limited and Incan Ships Limited in the implementation of this project.

It is a comprehensive document providing, as the foregoing recital indicates, for the operation of ships to transport newsprint produced by Quebec North Shore Paper Company Limited at Baie Comeau for ultimate destination to points in the United States. The building of a marine terminal at Baie Comeau was a key term of the entire scheme. Alleging that they had fulfilled all their obligations under these contracts but that the appellants were in default and had not even commenced to build the marine terminal as of March 14, 1975, the respondents brought action on that day for damages and added a claim for rescission of the contracts.

The appellants challenged the jurisdiction of the Federal Court to entertain the action, contending that it should have been brought in the Quebec Superior Court, especially when the contracts provided that they were to be interpreted and construed in accordance with the laws of Quebec, which is where they were entered into. Three of the four parties, one of the appellants and the two respondents have their head offices in Quebec; the second appellant, Quebec and Ontario Transportation Company Limited, has its head office in Ontario. The challenge to jurisdiction was rejected

gation contractuelle de construire une gare maritime à Baie Comeau (Québec) qui devait être terminée le 15 mai 1975. Cette obligation résulte d'un contrat du 22 janvier 1974 et de deux contrats accessoires datés des 13 février et 26 mars 1974. Le préambule du contrat daté du 22 janvier 1974, intitulé «Articles de l'accord», se lit comme suit:

[TRADUCTION] Les articles suivants consistent dans une entente relative à l'exploitation de bacs porte-trains pour transporter du papier-journal de Quebec North Shore Paper Company, entre Baie Comeau (Québec) et la ville de Québec, devant être acheminé à New York (État de New York) et Chicago (État de l'Illinois) et d'autres destinations, et pour le transport de marchandises diverses en provenance et à destination d'endroits situés sur la rive nord du Saint-Laurent; leur but est de définir les obligations et responsabilités de Québec North Shore Paper Company, Canadien Pacifique Limitée, Quebec & Ontario Transportation Company Limited et Incan Ships Limited, dans la mise en œuvre de ce projet.

Ce document détaillé prévoit, comme le paragraphe précité l'indique, l'exploitation de navires pour acheminer du papier-journal, produit à Baie Comeau par Quebec North Shore Paper Company Limited, à destination de divers endroits aux États-Unis. La construction d'une gare maritime à Baie Comeau était un élément essentiel du projet. Alléguant qu'elles avaient respecté leurs obligations en vertu des contrats mais que, le 14 mars 1975, les appelantes avaient manqué à leurs engagements et n'avaient même pas commencé la construction de la gare maritime, les intimées ont introduit, à cette date, une action en dommages-intérêts et réclamé l'annulation des contrats.

Les appelantes ont contesté la compétence de la Cour fédérale alléguant que l'action aurait dû être introduite devant la Cour supérieure du Québec, d'autant plus que les contrats prévoyaient qu'ils devaient être interprétés conformément aux lois du Québec, où ils avaient été conclus. Trois des quatre parties à l'action, une appelante et deux intimées, ont leur siège social au Québec; la seconde appelante, Québec & Ontario Transportation Company Limited a son siège social en Ontario. Le juge Addy a rejeté l'argument contestant la

by Addy J. of the Federal Court and his judgment was affirmed by the Federal Court of Appeal.

The question of jurisdiction turns on the meaning and application of s. 23 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, 2nd Supp., c. 101 in the light of the contracts out of which the claims for relief arose. Section 23 reads as follows:

23. 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 an Act of the Parliament of Canada or otherwise in relation to any matter coming within any following class of subjects, namely bills of exchange and promissory notes where the Crown is a party to the proceedings, aeronautics, and works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

In the French version of this section there is a comma after the second "autrement" ("otherwise"), and I think that this clarifies its import as being connected with the words "Act of the Parliament of Canada". I would observe that if the respondents' position is maintainable then, of course, it would be open to Parliament to vest exclusive jurisdiction within the terms of s. 23 in the Federal Court.

Section 23 must be assessed initially under the terms of s. 101 of the *British North America Act* because it is that provision which alone authorizes the Parliament of Canada to establish Courts of original and appellate jurisdiction in addition to authorizing the establishment of this Court. Section 101 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.

The relevant words, for the purposes of the present case, are "administration of the laws of Canada". When s. 23 of the *Federal Court Act* speaks of a claim for relief or a remedy "under an Act of the Parliament of Canada or otherwise", it cannot be

compétence de la Cour fédérale et son jugement a été maintenu en Cour d'appel fédérale.

La question de compétence dépend de la signification et de l'application de l'art. 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, 2^e Supp., c. 10, compte tenu des contrats qui ont donné naissance aux réclamations. L'article de 23 se lit comme suit:

23. 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 d'une loi du Parlement du Canada ou autrement, en matière de lettres de change et billets à ordre lorsque la Couronne est partie aux procédures, d'aéronautique ou d'ouvrages et entreprises reliant une province à une autre ou s'étendant au-delà des limites d'une province, sauf dans la mesure où cette compétence a par ailleurs fait l'objet d'une attribution spéciale.

Dans la version française de cet article, le second «autrement» est suivi d'une virgule et, à mon avis, cela signifie que le terme se rapporte à l'expression «loi du Parlement du Canada». Je souligne que si la thèse des intimées est soutenable, le Parlement aurait alors évidemment le pouvoir de conférer à la Cour fédérale une compétence exclusive à l'égard de ce que vise l'art. 23.

Il faut d'abord analyser l'art. 23 à la lumière de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, seule disposition qui autorise le Parlement du Canada à établir des tribunaux de première instance et d'appel en plus de permettre la création de cette Cour. Voici le texte de l'art. 101:

101. Nonobstant toute disposition du présent acte, le Parlement du Canada pourra à l'occasion, pourvoir à l'institution, au maintien et à l'organisation d'une cour générale d'appel pour le Canada, ainsi qu'à l'établissement d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada.

Aux fins de la présente affaire, les termes pertinents sont «exécution des lois du Canada». Lorsque l'art. 23 de la *Loi sur la Cour fédérale* parle d'une demande de redressement faite «en vertu d'une loi du Parlement du Canada ou autrement», on ne

given a construction that would take it beyond the scope of the expression "administration of the laws of Canada" in s. 101.

In the present case there is no Act of the Parliament of Canada under which the relief sought in the action is claimed. The question of jurisdiction of the Federal Court hinges therefore on the words in s. 23 "or otherwise", and this apart from the additional and sequential question whether the claim is in relation to any matter coming within any of the classes of subjects specified in the latter part of s. 23. The contention on the part of the respondents, which was in effect upheld in the Federal Courts, was that judicial jurisdiction under s. 101 is co-extensive with legislative jurisdiction under s. 91 and, therefore, s. 23 must be construed as giving the Federal Court jurisdiction in respect of the matters specified in the latter part of the section, even in the absence of existing legislation, if Parliament has authority to legislate in relation to them. The contention is complemented by the assertion that there is applicable law to govern the claims for relief, pending any legislation by Parliament, and that it is the law of the Province which must, *pro tanto*, be regarded as federal law. This contention suggests a comprehensive incorporation or referential adoption of provincial law to feed the jurisdiction of the Federal Court under s. 23.

Counsel for the respondents submitted, in the alternative, that the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2 provides a specific legislative basis in federal law to cover the issues in the action in this case. I cannot agree. Nothing in that Act touches questions of contract for the construction of a facility such as the one involved here. The question of the Federal Court's jurisdiction must be determined on the larger issue raised herein as set out above.

It is common ground that the two authorities which call for particular consideration are the judgment of this Court in *Consolidated Distilleries Limited v. Consolidated Exporters Corpora-*

peut donner à ces termes une interprétation qui leur ferait dépasser la portée de l'expression «exécution des lois du Canada» à l'art. 101.

En l'espèce, le redressement réclamé ne l'est pas en vertu d'une loi du Parlement du Canada. La question de la compétence de la Cour fédérale tourne donc autour des termes «ou autrement» employés à l'art. 23 et cela, indépendamment de la question subsidiaire de savoir si la demande se rattache à une matière relevant de la catégorie de sujets énumérés dans la dernière partie de l'art. 23. Selon l'argument des intimées, retenu en première instance et en appel par la Cour fédérale, la compétence judiciaire en vertu de l'art. 101 recouvre le même domaine que la compétence législative en vertu de l'art 91. Par conséquent, l'art. 23 doit être interprété de façon à donner compétence à la Cour fédérale dans les domaines énumérés à la fin de l'article et ce, même en l'absence de législation sur ces sujets, si le Parlement a le pouvoir de légiférer à leur égard. On affirme en outre, à l'appui de ce point, qu'il existe une législation applicable régissant les demandes de redressement, jusqu'à ce que le Parlement légifère, et que c'est la législation provinciale qui doit, *pro tanto*, être considérée comme de la législation fédérale. Cette prétention suppose l'incorporation de l'ensemble de la législation provinciale ou son adoption par renvoi afin d'alimenter la compétence de la Cour fédérale en vertu de l'art 23.

L'avocat des intimées a soutenu subsidiairement que la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2, fournit un cadre législatif fédéral aux questions litigieuses soulevées en l'espèce. Je ne peux souscrire à cette prétention. Rien dans cette loi ne vise des contrats de construction d'une installation comme celle en cause dans la présente affaire. La compétence de la Cour fédérale doit être examinée sur la base de la question plus vaste soulevée en l'espèce et énoncée ci-dessus.

Les parties reconnaissent qu'il convient d'étudier tout particulièrement, à cet égard, les deux arrêts prononcés l'un par cette Cour dans *Consolidated Distilleries Limited c. Consolidated Exporters*

tion Ltd.² and the judgment of the Privy Council in *Consolidated Distilleries Limited v. The King*,³ setting aside the judgment of this Court⁴. The judgments relate to different issues arising out of the same matter, namely, whether the appellant Consolidated Distilleries Limited and two others were liable to the Crown in right of Canada on certain bonds given in respect of the export of liquors on which excise duty had not been paid. The Crown sued on the bonds in the Exchequer Court and a question was raised as to the jurisdiction of that Court to entertain the action.

The judgment in the first case was given by this Court on the validity of a third party notice by the defendant Consolidated Distilleries Limited claiming indemnity against Consolidated Exporters Corporation Ltd. under an agreement between them. The third party notice was set aside by Audette J. of the Exchequer Court and this was affirmed by this Court on appeal, Newcombe J. dissenting. Speaking for the other members of this Court, Anglin C.J.C. considered the scope of s. 101 and whether it authorized Parliament to give the Exchequer Court jurisdiction over a contract between subject and subject which was the effect of the third party notice. He said this (at p. 534):

It is to be observed that the "additional courts", which Parliament is hereby authorized to establish, are courts "for the better administration of the laws of Canada." In the collocation in which they are found, and having regard to the other provisions of the *British North America Act*, the words, "the laws of Canada," must signify laws enacted by the Dominion Parliament and within its competence. If they should be taken to mean laws in force anywhere in Canada, which is the alternative suggested, s. 101 would be wide enough to confer jurisdiction on Parliament to create courts empowered to deal with the whole range of matters within the exclusive jurisdiction of the provincial legislatures, including "property and civil rights" in the provinces,

...

² [1930] S.C.R. 531.

³ [1933] A.C. 508.

⁴ [1932] S.C.R. 419.

*Corporation Ltd.*² et l'autre par le Conseil privé dans *Consolidated Distilleries Limited c. Le Roi*³, infirmant le jugement de cette Cour⁴. Les jugements ont trait à deux affaires différentes résultant du même litige, soit la question de savoir si l'appelante, Consolidated Distilleries Limited, et deux autres, étaient responsables envers la Couronne du chef du Canada pour certains cautionnements délivrés relativement à l'exportation de boissons alcooliques sur lesquelles la taxe d'accise n'avait pas été acquittée. La Couronne a intenté une poursuite fondée sur les cautionnements devant la Cour de l'Échiquier; on a soulevé la question de la compétence pour connaître de l'action.

L'arrêt rendu par cette Cour, dans la première affaire, portait sur la validité d'une demande en garantie par laquelle la défenderesse, Consolidated Distilleries Limited, réclamait une indemnité de Consolidated Exporters Corporation Ltd. en vertu d'un contrat qu'elles avaient conclu. Le juge Audette de la Cour de l'Échiquier a annulé la demande en garantie et, en appel, sa décision a été confirmée par cette Cour, le juge Newcombe étant dissident. Parlant au nom des autres juges, le juge en chef Anglin a étudié la portée de l'art. 101 en vue de déterminer s'il autorisait le Parlement à donner compétence à la Cour de l'Échiquier relativement à un contrat entre sujets, ce qui était l'objet de la demande en garantie. Il a déclaré (à la p. 534):

[TRADUCTION] Notons que les «autres tribunaux» que le Parlement est autorisé à établir en vertu de l'art. 101 sont des tribunaux «pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada». Compte tenu du contexte et des autres dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, l'expression «les lois du Canada» doit viser des lois adoptées par le Parlement fédéral et qui sont de son ressort. Si l'on devait entendre par ces mots, comme on le propose, les lois en vigueur au Canada, l'art. 101 serait d'une portée assez générale pour habiliter le Parlement à créer des tribunaux pouvant connaître de toutes les matières relevant exclusivement de la compétence des législatures provinciales, y compris «la propriété et les droits civils» dans les provinces, . . .

² [1930] R.C.S. 531.

³ [1933] A.C. 508.

⁴ [1932] R.C.S. 419.

When the matter came on for hearing on the merits the Exchequer Court held that the Crown was entitled to recover on the bonds. This Court affirmed the judgment and gave further consideration to the question of the jurisdiction of the Exchequer Court. Anglin C.J.C., speaking for himself, said (at p. 421):

I never entertained any doubt whatever as to the jurisdiction of the Exchequer Court in these cases to hear these appeals.

If authority to hear and determine such claims as these is not something which it is competent for the Dominion, under s. 101 of the *British North America Act*, to confer upon a court created by it for "the better administration of the laws of Canada," I would find it very difficult to conceive what that clause in the B.N.A. Act was intended to convey.

That the Dominion Parliament intended to confer such jurisdiction on the Exchequer Court in my opinion, is clear beyond argument, the case probably falling within clause (a); but, if not, it certainly is clearly within clause (d) of s. 30 of the *Exchequer Court Act*.

Duff J., speaking for himself and two other members of the Court (Newcombe J. having died before delivery of judgment) made the following observations (at p. 422):

I find no difficulty in holding that the Parliament of Canada is capable, in virtue of the powers vested in it by section 101 of the *British North America Act*, of endowing the Exchequer Court with authority to entertain such actions as these. I do not doubt that "the better administration of the laws of Canada," embraces, upon a fair construction of the words, such a matter as the enforcement of an obligation contracted pursuant to the provisions of a statute of that Parliament or of a regulation having the force of statute. I do not think the point is susceptible of elaborate argument, and I leave it there.

As to the jurisdiction of the Exchequer Court, in so far as that depends upon the construction of the *Exchequer Court Act*, something might be said for the view that these cases are not within the class of cases contemplated by subsection A of section 30; but that is immaterial because they are plainly within subsection D.

The reference by both Anglin C.J.C. and by Duff J. to s. 30 of the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1927, c. 34 is relevant to the reasons later given by the Privy Council on further appeal, and

Après audition de l'affaire au fond, la Cour de l'Échiquier a décidé que la Couronne était fondée à recouvrer les montants cautionnés. Cette Cour a confirmé le jugement et a étudié plus en détail la question de la compétence de la Cour de l'Échiquier. Le juge en chef Anglin a déclaré pour sa part (à la p. 421):

[TRADUCTION] Je n'ai jamais douté que la Cour de l'Échiquier était compétente pour entendre les appels interjetés dans ces affaires.

Si l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* n'habilite pas le Dominion à conférer à une cour qu'il a établie pour «assurer la meilleure exécution des lois du Canada» la compétence d'entendre et de juger de telles demandes, je ne vois pas quel pourrait être l'objet dudit article.

A mon avis, il ne fait aucun doute que le Parlement du Dominion entendait conférer une telle compétence à la Cour de l'Échiquier, probablement en vertu de l'al. a) de l'art. 30 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, sinon, certainement clairement en vertu de l'al. d) du même article.

Le juge Duff, rendant ses motifs et ceux de deux autres membres de la Cour (le juge Newcombe étant décédé avant le prononcé du jugement), a fait les remarques suivantes (à la p. 422):

[TRADUCTION] Il me semble évident que le Parlement du Canada, en vertu des pouvoirs que lui confère l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, peut accorder à la Cour de l'Échiquier la compétence pour juger des actions comme celles-ci. Je ne doute pas qu'interprétée correctement, l'expression «la meilleure exécution des lois du Canada» comprend notamment l'exécution d'une obligation contractée conformément aux dispositions d'une loi de ce Parlement ou d'un règlement ayant force de loi. Je ne crois pas la question susceptible d'une longue discussion, aussi m'en tiendrai-je à ce que j'ai dit.

En ce qui concerne la compétence de la Cour de l'Échiquier, dans la mesure où elle dépend de l'interprétation de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, on peut avancer que ces affaires ne relèvent pas des cas prévus à l'al. A de l'art. 30; cela n'a toutefois aucune importance car ils sont clairement couverts par l'al. D.

Le renvoi par le juge en chef Anglin et par le juge Duff à l'art. 30 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1927, c. 34 est pertinent aux motifs rendus par le Conseil privé dans un pourvoi

it will be convenient to reproduce that section at this point. It reads as follows:

30. The Exchequer Court shall have and possess concurrent original jurisdiction in Canada

(a) in all cases relating to the revenue in which it is sought to enforce any law of Canada, including actions, suits and proceedings by way of information to enforce penalties and proceedings by way of information *in rem*, and as well in *qui tam* suits for penalties or forfeiture as where the suit is on behalf of the Crown alone;

(b) in all cases in which it is sought at the instance of the Attorney General of Canada, to impeach or annul any patent of invention, or any patent, lease or other instrument respecting lands;

(c) in all cases in which demand is made or relief sought against any officer of the Crown for anything done or omitted to be done in the performance of his duty as such officer; and

(d) in all other actions and suits of a civil nature at common law or equity in which the Crown is plaintiff or petitioner.

The Privy Council reversed the Courts below on the enforceability of the bonds but upheld the jurisdiction of the Exchequer Court to entertain the Crown's action on them. Lord Russell of Killowen, in dealing with the question of jurisdiction, noted that it depended upon a consideration of the *British North America Act* and the *Exchequer Court Act* and went on to assess s. 101 of the former and s. 30 of the latter. He said this (at pp. 520-1):

... It was conceded by the appellants (and rightly, as their Lordships think) in the argument before the Board, that the Parliament of Canada could, in exercising the power conferred by s. 101, properly confer upon the Exchequer Court jurisdiction to hear and determine actions to enforce the liability on bonds executed in favour of the Crown in pursuance of a revenue law enacted by the Parliament of Canada. The point as to jurisdiction accordingly resolves itself into the question whether the language of the Exchequer Court Act upon its true interpretation purports to confer the necessary jurisdiction. The relevant section is s. 30...

The learned President held that the Exchequer Court had jurisdiction, inasmuch as the bonds were required to be given by a law enacted by the Parliament of Canada in respect of a matter in which it had undoubted juris-

subsequent et il convient donc, à ce stade, de citer cet article.

30. La Cour de l'Échiquier a juridiction concurrente au Canada, en première instance,

a) dans tous les cas se rattachant au revenu où il s'agit d'appliquer quelque loi du Canada, y compris les actions, poursuites et procédures par voie de dénonciation pour l'application *in rem*, et aussi bien dans les poursuites *qui tam* pour amendes ou confiscations que lorsque la poursuite est intentée au nom de la Couronne seule;

b) dans tous les cas où il s'agit, à l'instance du procureur général du Canada, de contester ou d'annuler un brevet d'invention, ou des lettres patentes, un bail ou quelque autre titre relatif à des terres;

c) dans tous les cas où une demande est faite ou un recours est cherché contre un fonctionnaire de la Couronne pour une chose faite ou omise dans l'accomplissement de ses devoirs comme tel; et,

d) dans toutes autres actions et poursuites d'ordre civil, en *common law* ou en *equity*, dans lesquelles la Couronne est demanderesse ou requérante.

Le Conseil privé a infirmé les jugements des tribunaux d'instance inférieure relativement à l'exécution des cautionnements mais a reconnu la compétence de la Cour de l'Échiquier pour connaître de l'action intentée par la Couronne à leur égard. Traitant de la question de compétence, lord Russell of Killowen a souligné qu'elle dépendait de l'interprétation de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, dont il a analysé les art. 101 et 30 respectivement. Il a déclaré (aux pp. 520 et 521):

[TRADUCTION] ... Les appelants, dans leur plaidoyer devant le Conseil, ont reconnu (à juste titre, selon leurs Seigneuries) que le Parlement du Canada pouvait, dans l'exercice du pouvoir conféré par l'art. 101, donner à la Cour de l'Échiquier compétence pour entendre et juger des actions visant à faire sanctionner la responsabilité du signataire d'un cautionnement fait en faveur de la Couronne en vertu d'une loi fiscale adoptée par le Parlement du Canada. La question de compétence se résout ainsi en la question de savoir si la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* est censée conférer la compétence nécessaire. L'article pertinent est l'art. 30...

Le savant Président a jugé que la Cour de l'Échiquier avait compétence dans la mesure où le cautionnement devait être fourni aux termes d'une loi adoptée par le Parlement du Canada relativement à un sujet relevant

diction. The subject-matter of the actions directly arose from legislation of Parliament in respect of excise.

The Chief Justice thought that the cases fell clearly within s. 30(d), and probably also within s. 30(a). Duff J., while suggesting a possible doubt as to the application of sub-s. (a), held that the cases were plainly within sub-s. (d).

Their Lordships are anxious to avoid expressing any general views upon the extent of the jurisdiction conferred by s. 30, beyond what is necessary for the decision of this particular case. Each case as it arises must be determined in relation to its own facts and circumstances. In regard to the present case their Lordships appreciate that a difficulty may exist in regard to sub-s. (a). While these actions are no doubt "cases relating to the revenue," it might perhaps be said that no law of Canada is sought to be enforced in them. Their Lordships, however, have come to the conclusion that these actions do fall within sub-s. (d). It was suggested that if read literally, and without any limitation, that sub-section would entitle the Crown to sue in the Exchequer Court and subject defendants to the jurisdiction of that Court, in respect of any cause of action whatever, and that such a provision would be *ultra vires* the Parliament of Canada as one not covered by the power conferred by s. 101 of the *British North America Act*. Their Lordships, however, do not think that sub-s. (d), in the context in which it is found, can properly be read as free from all limitations. They think that in view of the provisions of the three preceding sub-sections the actions and suits in sub-s. (d) must be confined to actions and suits in relation to some subject-matter, legislation in regard to which is within the legislative competence of the Dominion. So read, the sub-section could not be said to be *ultra vires*, and the present actions appear to their Lordships to fall within its scope. The Exchequer Court accordingly had jurisdiction in the matter of these actions.

Both Anglin C.J.C. in the first *Consolidated Distilleries* case and Duff J. in the second case spoke of "laws of Canada" in s. 101 as referring respectively to "laws enacted by Parliament" and to "enforcement of an obligation contracted pursuant to a statute of . . . Parliament". So too, the Privy Council in the second *Consolidated Distilleries* case spoke of the power given by s. 101 to confer jurisdiction on the Exchequer Court in actions on bonds executed in favour of the Crown "in pursuance of a revenue law enacted by the Parliament of Canada". Again, the Judicial Com-

clairement de sa compétence législative. L'objet des actions découlait directement d'une loi du Parlement portant sur l'accise.

Le juge en chef était d'avis que les affaires tombaient clairement sous le coup de l'art. 30(d) et probablement aussi de l'art. 30(a). Le juge Duff, tout en exprimant ses doutes quant à l'application de l'al. a), était convaincu que les affaires relevaient de l'al. d).

Leurs Seigneuries voudraient éviter d'exprimer des opinions générales sur l'étendue de la compétence conférée par l'art. 30, préférant s'en tenir à ce qui est nécessaire au règlement du litige. Il faut juger chaque cas en fonction des faits et des circonstances qui lui sont particuliers. En l'espèce leurs Seigneuries se rendent compte qu'il peut exister une difficulté en ce qui concerne l'al. a). Bien que ces actions soient assurément des «cas se rattachant au revenu» on pourrait peut-être dire qu'il ne s'agit pas d'appliquer une loi du Canada. Cependant leurs Seigneuries ont conclu que ces actions relèvent de l'al. d). On a avancé qu'interprété de façon littérale, sans aucune restriction, cet alinéa autoriserait la Couronne à poursuivre devant la Cour de l'Échiquier et à soumettre à la compétence de la Cour les défendeurs dans toute cause d'action, et qu'une telle disposition serait *ultra vires* du Parlement du Canada parce qu'elle ne relèverait pas des pouvoirs conférés par l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Toutefois, leurs Seigneuries estiment que, vu son contexte, on ne peut considérer l'al. d) comme exempt de toutes restrictions. Elles pensent qu'étant donné les dispositions des trois alinéas précédents, les actions et poursuites envisagées à l'al. d) se limitent à des actions portant sur des matières ressortissant au pouvoir législatif du Dominion. Interprété de cette façon, l'alinéa en question ne serait pas *ultra vires*, et il semble à leurs Seigneuries que les présentes actions entrent dans son domaine d'application. En conséquence, la Cour de l'Échiquier avait compétence en l'espèce.

Le juge en chef Anglin, dans la première affaire *Consolidated Distilleries*, puis le juge Duff dans la seconde, ont tous deux considéré que l'expression «lois du Canada», à l'art. 101, visait, pour l'un, les [TRADUCTION] «lois adoptées par le Parlement» et l'autre, [TRADUCTION] «l'exécution d'une obligation contractée conformément aux dispositions d'une loi (du) . . . Parlement». De même, dans la seconde affaire *Consolidated Distilleries*, le Conseil privé parlait du pouvoir découlant de l'art. 101, de donner compétence à la Cour de l'Échiquier relativement à des actions portant sur les

mittee in dealing with the case before it indicated that it might be difficult to bring it within s. 30(a) of the *Exchequer Court Act* because although the actions were "cases related to the revenue" it might perhaps be said that no law of Canada is sought to be enforced in them. This is consistent with the observations of both Anglin C.J.C. and of Duff J., already quoted.

Stress is laid, however, on what the Privy Council said in discussing the application of s. 30(d) of the *Exchequer Court Act*, the provision giving jurisdiction to the Exchequer Court in civil actions where the Crown is plaintiff or petitioner. I do not take its statement that "sub-s. (d) must be confined to actions . . . in relation to some subject matter legislation in regard to which is within the legislative competence of the Dominion" as doing anything more than expressing a limitation on the range of matters in respect of which the Crown in right of Canada may, as plaintiff, bring persons into the Exchequer Court as defendants. It would still be necessary for the Crown to found its action on some law that would be federal law under that limitation. 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.

Addy J. did not deal with the effect of s. 101 of the *British North America Act* upon s. 23 of the *Federal Court Act*, and appeared to assume that he had jurisdiction if the enterprise contemplated by the agreement as a whole fell within federal legislative power. As I have already indicated, the question upon which he proceeded is not reached

cautionnements faits en faveur de la Couronne [TRADUCTION] «en vertu d'une loi fiscale adoptée par le Parlement du Canada». En outre, dans cet arrêt, le Comité judiciaire a indiqué qu'il pouvait être difficile d'assujettir l'affaire à l'art. 30a) de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* car, bien que les actions aient été des «cas se rattachant au revenu», on pouvait dire qu'il ne s'agissait pas d'appliquer une loi du Canada. Cela est conforme aux remarques précitées du juge en chef Anglin et du juge Duff.

Toutefois, on insiste sur ce qu'a dit le Conseil privé sur l'application de l'art. 30d) de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, qui donne compétence à la Cour de l'Échiquier en matière d'actions d'ordre civil dans lesquelles la Couronne est demanderesse ou requérante. Je ne considère pas que sa déclaration selon laquelle [TRADUCTION] «des actions . . . envisagées à l'al. d) se limitent à des actions portant sur des matières ressortissant au pouvoir législatif du Dominion» fasse plus qu'exprimer une restriction quant à l'étendue des domaines à l'égard desquels la Couronne du chef du Canada peut intenter une action comme demanderesse devant la Cour de l'Échiquier. La Couronne devrait de toute façon fonder son action sur une loi qui serait fédérale aux termes de cette restriction. 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 est 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.

Le juge Addy n'a pas étudié l'effet de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* sur l'art. 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il semble avoir présumé qu'il avait compétence si l'entreprise prévue dans l'accord relevait du pouvoir législatif fédéral. Comme je l'ai déjà souligné, il lui fallait d'abord conclure que la demande de redressement

unless the claim for relief is found to be one made "under an Act of the Parliament of Canada or otherwise". In the Federal Court of Appeal, the majority judgment of LeDain J., which he delivered for himself and Ryan J. and which was concurred in with additional reasons by Thurlow J. (as he then was), poses the issue in terms which also overlook the words just quoted. Thus, he says:

The question to be determined, therefore, is whether the claim for relief in this case relates to a matter coming within the class of subjects "works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province."

However, LeDain J. does consider the import of the words "or otherwise" and goes on to say that he understands them to refer "to any other law that can be considered to form part of the 'laws of Canada' within the meaning of s. 101 of the *B.N.A. Act*". Then follows another passage upon which counsel for the respondents relies, and it is in these terms:

... The expression "laws of Canada", within the meaning of s. 101 of the *B.N.A. Act*, includes not only existing federal statutes but also any law that Parliament can validly enact, amend or repeal. *Consolidated Distilleries Limited v. The King*, [1933] A.C. 508. In this case the respondents' claim for relief is based not on federal statute law but on the Quebec civil law of contract. The contracts in issue all contain a provision that they and any disputes arising thereunder are to be interpreted and construed in accordance with the laws of the Province of Quebec. In so far as the civil law of Quebec applies to a matter within federal legislative jurisdiction with respect to an extra-provincial undertaking contemplated by s. 92(10)(a) of the *B.N.A. Act*, it forms part of the laws of Canada within the meaning of s. 101 of the *B.N.A. Act* since it could be enacted, amended or repealed by the Parliament of Canada. In other words, Parliament could validly enact contract law to apply to matters falling within its jurisdiction with respect to such undertakings.

I do not agree with the statement in the foregoing passage that "in so far as the civil law of Quebec applies to a matter within federal legislative jurisdiction ... it forms part of the laws of Canada within the meaning of s. 101 of the *B.N.A. Act* since it could be enacted, amended or repealed by the Parliament of Canada". I do not under-

était faite «en vertu d'une loi du Parlement du Canada ou autrement». En Cour d'appel fédérale, le jugement rendu par le juge LeDain, rédigé en son nom et au nom du juge Ryan, le juge Thurlow (tel était alors son titre) ayant rendu des motifs concomitants, formule également la question en litige sans tenir compte de l'expression susmentionnée:

Il s'agit donc de trancher la question de savoir si la demande de redressement en l'espèce se rattache à une matière tombant dans la catégorie des «ouvrages et entreprises reliant une province à une autre ou s'étendant au-delà des limites d'une province».

Cependant, le juge LeDain examine alors le sens des termes «ou autrement» qui signifient à son avis «toute autre loi faisant partie des «lois du Canada» au sens de l'art. 101 de l'*Acte de l'A.N.B.*». Puis vient un passage sur lequel se fonde l'avocat des intimées:

... L'expression «lois du Canada», au sens de l'art. 101 de l'*Acte de l'A.N.B.*, comprend non seulement les lois fédérales existantes mais aussi toutes lois que le Parlement peut valablement édicter, modifier ou abroger. *Consolidated Distilleries Limited c. Le Roi*, [1933] A.C. 508. Dans cet arrêt, les intimées ne fondaient pas leur demande de redressement sur une loi fédérale mais sur le droit civil des obligations du Québec. Les contrats litigieux prévoyaient tous qu'on devait les interpréter et les analyser, de même que toute controverse soulevée à leur égard, conformément aux lois de la province du Québec. Dans la mesure où le droit civil du Québec s'applique à une matière tombant sous la compétence législative fédérale à l'égard d'une entreprise extra-provinciale aux termes de l'art. 92(10)a de l'*Acte de l'A.N.B.*, il fait partie des lois du Canada au sens de l'art. 101 de l'*Acte de l'A.N.B.*, car le Parlement du Canada pourrait l'édicter, le modifier ou l'abroger. En d'autres termes, le Parlement peut légiférer en matière de contrats dans les domaines relevant de sa compétence à l'égard de ces entreprises.

Je ne partage pas son opinion selon laquelle «dans la mesure où le droit civil du Québec s'applique à une matière tombant sous la compétence législative fédérale ... il fait partie des lois du Canada au sens de l'art. 101 de l'*Acte de l'A.N.B.*», car le Parlement du Canada pourrait l'édicter, le modifier ou l'abroger». Je ne vois pas comment des

stand how provincial laws can be amended or repealed by Parliament, albeit in relation to a matter within federal competence, unless they first have been made laws of Canada by adoption or enactment. I think it begs the question raised by the words "or otherwise" to say that merely because Quebec law applies to the claim for relief in this case, as it clearly would if the action were brought in the Quebec Superior Court, that law forms part of the laws of Canada, although there is no federal re-enactment or referential incorporation.

It must be remembered that when provincial law is applied to disputes involving persons or corporations engaged in enterprises which are within federal competence it applies on the basis of its independent validity: see *Canadian National Railway Co. v. Nor-Min Supplies Ltd.*⁵ Provincial legislation cannot interfere with the integrity of enterprises within federal regulatory jurisdiction: see *Johannesson v. West St. Paul*⁶. Moreover, if the provincial legislation is of general application, it will be construed so as not to apply to such enterprises: see *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*⁷ If independently valid and applicable, as Quebec law obviously is in the present case (indeed, as being the law chosen by the parties to govern the agreement), it is not federal law nor can it be transposed into federal law for the purpose of giving jurisdiction to the Federal Court. Jurisdiction under s. 23 follows if the claim for relief is under existing federal law, it does not precede the determination of that question.

It is also well to note that s. 101 does not speak of the establishment of Courts in respect of matters within federal legislative competence but of Courts "for the better administration of the laws of Canada". The word "administration" is as telling as the plural words "laws", and they carry, in my opinion, the requirement that there be appli-

lois provinciales peuvent être modifiées ou abrogées par le Parlement, même si elles portent sur un domaine relevant de la compétence fédérale, à moins d'être auparavant adoptées ou promulguées en tant que lois fédérales. A mon avis, il serait tautologique de dire à propos de l'expression «ou autrement» que du seul fait que les lois du Québec s'appliquent à la présente demande de redressement, comme ce serait manifestement le cas si l'action était portée devant la Cour supérieure du Québec, ces lois font partie des lois du Canada, sans même avoir été promulguées comme lois fédérales ni adoptées par renvoi.

Il convient de rappeler que lorsqu'une loi provinciale s'applique à des litiges concernant des personnes ou des compagnies engagées dans une entreprise relevant de la compétence fédérale, c'est parce qu'elle est en elle-même valide: voir *La Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Nor-Min Supplies Ltd.*⁵ La législation provinciale ne peut entrer en conflit avec l'intégrité des entreprises relevant de la compétence réglementaire fédérale: voir *Johannesson c. West St. Paul*⁶. En outre, si la législation provinciale est de portée générale, elle devra être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à ces entreprises: voir *Campbell-Bennett Ltd. c. Comstock Midwestern Ltd.*⁷ Si la loi est en elle-même valide et applicable, comme c'est de toute évidence le cas pour la loi du Québec en l'espèce (les parties ont en effet convenu que leur contrat serait régi par les lois du Québec), elle ne constitue pas une loi fédérale et ne peut être transposée dans le droit fédéral afin de donner compétence à la Cour fédérale. Il y a compétence en vertu de l'art. 23 si la demande de redressement relève du droit fédéral existant et non autrement.

Il convient également de souligner que l'art. 101 ne traite pas de la création des tribunaux pour connaître des sujets relevant de la compétence législative fédérale, mais «pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada». Le terme «exécution» est aussi significatif que le mot pluriel «lois». A mon avis, ils supposent tous deux l'existence

⁵ [1977] 1 S.C.R. 322.

⁶ [1952] 1 S.C.R. 292.

⁷ [1954] S.C.R. 207.

⁵ [1977] 1 R.C.S. 322.

⁶ [1952] 1 R.C.S. 292.

⁷ [1954] R.C.S. 207.

cable and existing federal law, whether under statute or regulation or common law, as in the case of the Crown, upon which the jurisdiction of the Federal Court can be exercised. Section 23 requires that the claim for relief be one sought under such law. This requirement has not been met in the present case and I would, accordingly, allow the appeal, set aside the judgments below and declare that the Federal Court is without jurisdiction to entertain the claims of respondents. The appellants are entitled to their costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Weldon, Courtois, Clarkson, Parsons & Tétrault, Montreal.

Solicitors for the respondents: Gadbois, Joannette & Durand, Montreal.

d'une législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la *common law*, comme dans le cas de la Couronne, sur lesquels la Cour fédérale peut fonder sa compétence. L'article 23 exige que la demande de redressement soit faite en vertu de pareille loi. Cette exigence n'étant pas remplie en l'espèce, j'accueille le pourvoi, j'infirme les jugements des tribunaux d'instance inférieure et je déclare que la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître des réclamations des intimées. Les appelantes ont droit à leurs dépens devant tous les tribunaux.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelantes: Weldon, Courtois, Clarkson, Parsons & Tétrault, Montréal.

Procureurs des intimées: Gadbois, Joannette & Durand, Montréal.

The United States of America *Appellant*;

and

Raymond George Shephard *Respondent*.

1976: May 17 and 18; 1976: May 5.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Extradition — Affidavit of co-conspirator — Sufficiency of evidence — Application of rules of criminal law in the extradition judge's exercise of discretion — Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 10(1), 13, 18 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 475(1).

Appellant requested that a warrant be issued under the *Extradition Act* for the apprehension of respondent in respect of extradition crimes committed in the United States and Canada in violation of the narcotic drug laws of the United States. The only evidence produced consisted of the affidavit of one Herrmann, a co-conspirator. Hugessen J., sitting as an extradition judge, refused the extradition: according to him, he had to apply the test to the effect that the judge can and should intervene to "withdraw the case from the hands of the jurors" when the evidence is "so manifestly unreliable". The Federal Court of Appeal dismissed an application made pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act* for the review of this decision. Hence the appeal to this Court.

Held (Laskin C.J. and Spence, Dickson and Beetz JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon and de Grandpré JJ.: It was admitted that under s. 18 of the *Extradition Act* the trial judge properly relied on the test which is applied in jury trials when there is a motion to obtain a directed verdict. When the evidence is direct and inconsistent with any other rational conclusion than that the accused is the guilty person, it is not the judge but the jury which is seized with the duty to weigh the evidence for the purpose of determining whether or not it is credible. If the function of an extradition judge is equivalent to that of a judge in a similar case, it follows that credibility is not within his sphere. In the present case, there was overwhelming evidence in the Herrmann affidavit to support the charge of conspiracy.

Per Laskin C.J. and Spence, Judson and Beetz JJ., *dissenting*: An extradition judge is in the same situation

Les États-Unis d'Amérique *Appelant*;

et

Raymond George Shephard *Intimé*.

1976: les 17 et 18 mai; 1976: le 5 mai

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Extradition — Affidavit d'un complice — Suffisance de la preuve — Application des règles du droit criminel dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'extradition — Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, c. E21, art. 10(1), 13, 18 — Code criminel S.C.R. 1970, c. C34, art. 475(1).

L'appelant a demandé que soit lancé un mandat, en vertu de la *Loi sur l'extradition*, pour l'arrestation de l'intimé en raison de crimes commis aux États-unis en violation des lois américaines sur les stupéfiants. La seule preuve soumise a consisté en un affidavit d'un certain Herrmann, un complice. Le juge Hugessen, en qualité de juge d'extradition, a refusé l'extradition: selon lui, il se devait d'appliquer le critère selon lequel le juge peut et doit intervenir pour «dessaisir le jury» lorsque la preuve est «manifestement si peu digne de foi». La Cour d'appel fédérale a rejeté une demande d'examen en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* de cette décision. D'où le pourvoi devant cette Cour.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Spence, Dickson, et Beetz étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, et de Grandpré: Il est admis qu'en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur l'extradition* le juge de première instance était justifié de se fonder sur le critère que l'on applique au procès devant jury, lors d'une requête visant à obtenir un verdict imposé. Lorsque la preuve est directe et incompatible avec toute autre conclusion logique que la perpétration de l'infraction par l'intimé, il n'incombe pas au juge d'évaluer la preuve pour en déterminer la crédibilité mais au jury. Si la fonction du juge d'extradition est la même que celle du juge en pareil cas, il s'ensuit que la crédibilité n'est pas de son ressort. En l'espèce l'affidavit de Herrmann suffisait à étayer une présomption de l'accusation de complot.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Judson et Beetz, *dissidents*: Le juge d'extradition est dans la

as a judge who must decide whether there is evidence upon which a reasonable jury, properly charged, could bring in a verdict of guilty. His discretion is not confined only to those cases where the evidence is wholly circumstantial: his discretion extends to consideration of whether the evidence is of such a dubious nature as to be dangerous. In the present case, it is so because it was given by a witness who was acting in hope of a reward.

There is cast upon the extradition judge an extra burden of caution, since his decision might have the effect of putting the accused under the jurisdiction of the courts of another country. Even the procedures by which the evidence on which the application was based may not be revealed to the extradition judge.

[*R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396; *R. v. Knox*, [1968] 2 C.C.C. 348; *R. v. Gaudet*, [1971] 2 C.C.C. 418; *R. v. Pearce* (1963), 40 C.R. 75; *R. v. Sawrenko*, [1971] 4 C.C.C. (2d) 338; *Puerto Rico v. Hernandez*, [1973] F.C. 1206, 15 C.C.C. (2d) 56, distinguished; *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; *Re Lattimer* (1906), 10 C.C.C. 244; *Girvin v. The King* (1911), 45 S.C.R. 167; *R. v. Atwood and Robbins* (1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334; *R. v. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17; *R. v. Caulfield* (1973), 10 C.C.C. (2d) 539; *R. v. Williams* (1975), 21 C.C.C. (2d) 1, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ affirming a decision of Hugessen A.C.J. of the Superior Court of Quebec, sitting as an extradition judge.² Appeal allowed.

L. P. Landry, Q.C., for the appellant.

David Linetsky and Sidney Leithman, for the respondent.

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

SPENCE J. (*dissenting*)—This is an appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal pronounced on September 25, 1974.

The Federal Court of Appeal considered an application to review and set aside the decision of Hugessen A.C.J. pronounced as a Commissioner under the provisions of the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21.

¹ [1974] 2 F.C. 210.

² (1974), 19 C.C.C. (2d) 35.

même situation que le juge qui doit décider s'il existe quelque élément de preuve en vertu duquel un jury équitable, convenablement instruit du droit, pourrait prononcer un verdict de culpabilité. Son pouvoir discrétionnaire ne se limite pas aux seules affaires où la preuve est entièrement indirecte: il lui permet aussi d'examiner si la preuve est de nature si douteuse qu'elle en est dangereuse. En l'espèce, elle l'est parce que le témoin a déposé dans l'espoir d'obtenir une récompense.

Le juge d'extradition doit être d'autant plus prudent que sa décision aura pour effet de remettre le prévenu à la juridiction des tribunaux d'un autre pays dont il ne connaît même pas les procédures auxquelles on a eu recours pour obtenir la preuve sur laquelle la demande est fondée.

[Distinction faite avec les arrêts: *R. c. Comba*, [1938] R.C.S. 396; *R. v. Knox*, [1968] 2 C.C.C. 348; *R. v. Gaudet*, [1971] 2 C.C.C. 418; *R. v. Pearce* (1963), 40 C.R. 75; *R. v. Sawrenko*, [1971] 4 C.C.C. (2d) 338; *L'État portoricain c. Hernandez*, [1973] C.F. 1206, 15 C.C.C. (2d) 56; arrêts mentionnés: *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; *re Lattimer* (1906), 10 C.C.C. 244; *Girvin c. Le Roi* (1911), 45 R.C.S. 167; *R. v. Atwood and Robbins* (1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334; *R. v. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17; *R. v. Caulfield* (1973), 10 C.C.C. (2d) 539; *R. v. Williams* (1975), 21 C.C.C. (2d) 1.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ confirmant une décision du juge en chef adjoint de la Cour supérieure de Québec, le juge Hugessen, siégeant en qualité de juge d'extradition². Pourvoi accueilli.

L. P. Landry, c.r., pour l'appelant.

David Linetsky et Sidney Leithman, pour l'intimé.

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

LE JUGE SPENCE (*dissident*) — Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale rendu le 25 septembre 1974.

La Cour d'appel fédérale avait été saisie d'une demande d'examen et d'annulation d'une décision que le juge en chef adjoint de la Cour supérieure, le juge Hugessen, avait prononcée en qualité de juge d'extradition en vertu des dispositions de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21.

¹ [1974] 2 C.F. 210.

² (1974), 19 C.C.C. (2d) 35.

The respondent had been arrested on the information and complaint of Guy David, an R.C.M.P. officer, that the said respondent was a fugitive criminal of the United States of America and had been accused of crimes committed within the jurisdiction of the Eastern District of Wisconsin. The indictment issued by the grand jury in Wisconsin and which was part of the warrant for the respondent's arrest, accused him of conspiracy, with others both co-accused and co-conspirators not accused, to commit acts in violation of the laws of the United States which may be briefly described as the importation and distribution of narcotic drugs.

In accordance with the provisions of s. 13 of the said *Extradition Act*, which reads:

13. The fugitive shall be brought before a judge, who shall, subject to this Part, hear the case, in the same manner, as nearly as may be, as if the fugitive was brought before a justice of the peace, charged with an indictable offence committed in Canada.

the respondent was brought before Hugessen A.C.J. for a hearing. The said s. 13 provides that the judge shall hear the case in the same manner as nearly as may be as if the fugitive was brought before a justice of the peace charged with an indictable offence committed in Canada. Section 18 of the *Extradition Act* gives much more explicit directions and provides:

18. (1) The judge shall issue his warrant for the committal of the fugitive to the nearest convenient prison, there to remain until surrendered to the foreign state, or discharged according to law,

(a) in the case of a fugitive alleged to have been convicted of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, prove that he was so convicted, and

(b) in the case of a fugitive accused of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, justify his committal for trial, if the crime had been committed in Canada.

(2) If such evidence is not produced, the judge shall order him to be discharged.

The only evidence produced before Hugessen A.C.J. in support of the application for an order for the extradition of the respondent was an affida-

A la suite de renseignements fournis par un nommé Guy David, agent de la Gendarmerie royale du Canada et d'une plainte portée par lui, l'intimé a été arrêté. On l'accuse d'être un criminel fugitif recherché par les États-Unis d'Amérique et d'être sous l'inculpation de crimes commis dans le district est du Wisconsin. L'acte d'accusation, établi par le jury d'accusation (*Grand Jury*) du Wisconsin et qui fait partie du mandat d'arrestation de l'intimé, l'incolpe de complot avec ses coaccusés et d'autres personnes, en vue de commettre des infractions aux lois des États-Unis, à savoir l'importation et la distribution de stupéfiants.

Voici les dispositions de l'art. 13 de ladite *Loi sur l'extradition*, en vertu desquelles l'intimé a été traduit devant le juge Hugessen:

13. Le fugitif doit être amené devant un juge, qui, sous réserve de la présente Partie, entend la cause, de la même manière, autant que possible, que si le fugitif était traduit devant un juge de paix sous accusation d'un acte criminel commis au Canada.

Ledit art. 13 prévoit que le juge doit entendre la cause, de la même manière, autant que possible, que si le fugitif était traduit devant un juge de paix sous accusation d'un acte criminel commis au Canada. L'article 18 de la *Loi sur l'extradition* donne des instructions beaucoup plus précises à cet égard:

18. (1) Le juge doit lancer son mandat pour faire incarcérer le fugitif dans la prison convenable la plus rapprochée, afin qu'il y soit détenu jusqu'à ce qu'il ait été livré à l'État étranger ou élargi conformément à la loi,

a) dans le cas d'un fugitif que l'on prétend avoir été convaincu d'un crime entraînant l'extradition, lorsqu'il est produit une preuve qui, d'après la loi du Canada, sous réserve de la présente Partie, établirait qu'il a été convaincu de ce crime, et

b) dans le cas d'un fugitif accusé d'un crime entraînant l'extradition, lorsqu'il est produit une preuve qui, d'après la loi du Canada, sauf les dispositions de la présente Partie, justifierait son incarcération préventive, si le crime avait été commis au Canada.

(2) Lorsque cette preuve n'est pas produite, le juge ordonne qu'il soit élargi.

La seule preuve présentée au juge Hugessen à l'appui de la demande d'extradition de l'intimé consiste en l'affidavit d'un certain Albert E. Herr-

vit purporting to be sworn by one Albert E. Herrmann which in thirty long paragraphs outlined the alleged conspiracy in very considerable detail. In the first paragraph of that affidavit, however, the said Herrmann deposed as follows:

1. I am a citizen of Germany, and last arrived in the United States of America in May, 1973, at Milwaukee, Wisconsin. On June 6, 1973, I was arrested by agents of the Drug Abuse Law Enforcement office, and I have been indicated [sic] for narcotics offenses in the United States District Court for the Eastern District of Wisconsin. An attorney has been appointed to represent me, and I am presently free on bond. I make this affidavit freely and voluntarily with full knowledge of my legal rights after the United States Attorney's office promised to dismiss all but one of the narcotics charges against me, which would be held open until after I had testified before the Grand Jury, and in any subsequent criminal prosecutions arising out of my Grand Jury testimony. The final narcotic charge against me would be dismissed upon my completion of all of my court appearances and testimony in criminal prosecutions against my co-conspirators.

so that the application to Hugessen A.C.J. was to order the extradition of the respondent on the sole basis of an affidavit made by a person who alleged he was a co-conspirator and who volunteered that he had been indicted for these offences, that an attorney had been appointed to represent him, that he was free on bond and that the United States Attorney's office had promised to dismiss all charges but one against him after his testimony before the Grand Jury, and the last charge after he had completed his court appearance in the criminal prosecution against his co-conspirators. To put it briefly, Herrmann was not only an accomplice but was an accomplice who was testifying, admittedly for reward, for his own freedom.

Hugessen A.C.J. stated the test in s. 18(1)(b) of the *Extradition Act*, which I have cited above, saying that evidence should be adduced which would justify the committal of the respondent for trial if the alleged crime had been committed in Canada. To determine what evidence would justify

mann où se trouve exposé en détail dans trente longs alinéas le complot allégué. Cependant, dans le premier alinéa de cet affidavit, le déposant s'est exprimé comme suit:

[TRADUCTION] 1. Je suis de nationalité allemande et je suis entré aux États-Unis en mai 1973, à Milwaukee (Wisconsin). Le 6 juin 1973, j'ai été arrêté par des agents du *Drug Abuse Law Enforcement* et j'ai été mis en accusation devant la Cour de district fédéral du district est du Wisconsin pour infractions aux lois sur les stupéfiants. On a désigné un avocat pour me représenter, et je suis actuellement en liberté sous caution. Je fais cet affidavit librement et de mon plein gré, informé de mes droits, après que le Bureau du Procureur général des États-Unis eut promis de ne retenir qu'un seul des chefs d'accusation de violation de la Loi sur les stupéfiants, qui serait maintenu jusqu'à ce que j'aie témoigné devant le jury d'accusation (*Grand Jury*), et dans toutes poursuites subséquentes au criminel découlant de ma déposition devant le jury d'accusation. On abandonnerait les poursuites sous le dernier chef d'accusation porté contre moi pour violation de la Loi sur les stupéfiants au terme de toutes mes comparutions devant les tribunaux et de mes dépositions au cours des poursuites au criminel engagées contre mes complices.

La demande présentée au juge Hugessen vise donc l'extradition de l'intimé sur la seule base d'un affidavit de quelqu'un qui prétend être complice, qui a spontanément avoué avoir été accusé de ces infractions et indiqué qu'un avocat a été nommé pour le représenter. Cette personne déclare en outre être en liberté sous caution et que le bureau du Procureur général des États-Unis a promis d'abandonner toutes les poursuites intentées contre lui sauf une, après sa déposition devant le jury d'accusation (*Grand Jury*) et de renoncer à la dernière au terme de ses comparutions relatives aux poursuites au criminel engagées contre ses complices. Bref, Herrmann n'est pas seulement un complice, mais aussi un complice qui témoigne dans le but avoué d'obtenir sa liberté en récompense.

Le juge Hugessen a énoncé le critère établi à l'al. b) du par. (1) de l'art. 18 de la *Loi sur l'extradition* (précité), selon lequel il faut produire une preuve qui justifierait l'incarcération préventive de l'intimé si le crime avait été commis au Canada. Afin de déterminer quelle preuve permet-

a justice upon a preliminary hearing committing an accused person for trial, Hugessen A.C.J. turned to s. 475 of the *Criminal Code* which provides:

475. (1) When all the evidence has been taken by the justice he shall,

(a) if in his opinion the evidence is sufficient to put the accused on trial,

(i) commit the accused for trial,

(b) discharge the accused, if in his opinion upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial.

It should be noted that the important words are "if in his opinion upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial". Those words have been interpreted in at least three different fashions by different courts. The first test and probably that requiring a little weaker case is that if the magistrate believes the accused is probably guilty of the crime, he should commit the accused for trial. The second and third tests, and I agree with Hugessen A.C.J. that they are to all intents and purposes the same, are that the accused should not be committed for trial if no jury properly charged and acting judicially could convict the accused upon the evidence adduced, or that the trial judge upon the production of that evidence before the jury would be under a duty of directing the jury to bring in a verdict of acquittal. The latter would be the proper form of procedure, although it is often spoken of as "taking the case from the jury".

Hugessen A.C.J. then stated:

Put in another way, my function is not to weigh the evidence to decide whether or not I believe it, but rather to determine whether there is evidence upon which a reasonable jury, properly instructed in law, could bring in a verdict of guilty, and this, of course, means that if it is the sort of case where, as a trial judge, I would feel obliged to direct a verdict of acquittal, then, as an extradition judge, I should refuse to commit.

trait à un juge de paix d'ordonner l'incarcération préventive d'un prévenu après audition préliminaire, le juge Hugessen s'est reporté à l'art. 475 du *Code criminel* qui prévoit:

475. (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit,

a) si, à son avis, la preuve est suffisante pour faire passer la personne inculpée en jugement,

i) renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès,

b) libérer la personne inculpée, s'il estime, d'après toute la preuve, qu'on n'a établi aucun motif suffisant pour la faire passer en jugement.

Soulignons que les mots importants sont «il estime, d'après toute la preuve, qu'on n'a établi aucun motif suffisant pour la faire passer en jugement». Les tribunaux ont interprété cette disposition d'au moins trois façons différentes. Selon la première interprétation, probablement la moins exigeante, si le juge de paix croit l'inculpé probablement coupable du crime dont on l'accuse, il doit le renvoyer pour qu'il subisse son procès. D'après la seconde et la troisième interprétations, je conviens d'ailleurs avec le juge Hugessen qu'à toutes fins pratiques, elles reviennent au même, l'inculpé ne doit pas être renvoyé pour subir son procès si un jury convenablement instruit du droit et agissant de façon judiciaire ne pourrait condamner le prévenu au vu de la preuve soumise, ou si le juge de première instance, sur production de cette preuve devant le jury, serait tenu d'imposer à ce dernier un verdict d'acquiescement. Il s'agit là de la procédure appropriée bien que l'on appelle souvent cela «dessaisir le jury».

Le juge en chef adjoint a alors déclaré:

[TRADUCTION] En d'autres termes, ma fonction n'est pas d'évaluer la preuve pour décider si je la crois ou non, mais plutôt de déterminer s'il existe des éléments de preuve en vertu desquels un jury équitable, convenablement instruit du droit, pourrait prononcer un verdict de culpabilité; naturellement, ceci veut dire que s'il s'agit d'une affaire où, en qualité de juge de première instance, je m'estimerais tenu d'ordonner un verdict d'acquiescement, comme juge d'extradition, je dois refuser de renvoyer l'inculpé pour qu'il subisse son procès.

The learned extradition commissioner then expressed the view that there is a considerable body of jurisprudential authority upholding the right of the trial judge to intervene and withdraw the case from the jury when the Crown's evidence is so manifestly unreliable or so doubtful or tainted in nature as to make it dangerous and unjust to put the accused to his defence on the basis thereof. Hugessen A.C.J. cited as an authority for that proposition *R. v. Comba*³, where Duff C.J. said at p. 397:

We agree with the majority of the Court of Appeal, whose reasons for their judgment we find convincing and conclusive, that the learned trial judge ought, on the application made by counsel for the prisoner at the close of the evidence for the Crown, to have told the jury that, in view of the dubious nature of the evidence, it would be unsafe to find the prisoner guilty, and to have directed them to return a verdict of acquittal accordingly. It is not, and could not, with any plausibility, be suggested that the case for the Crown was in any way strengthened or improved by the evidence put before the jury on behalf of the defence.

R. v. Comba was an unusual case. The charge was murder of a young girl and the evidence was altogether circumstantial. At the close of the Crown's case, the defence had moved for a directed verdict which motion the learned trial judge had refused. The trial then proceeded with address of counsel, no evidence being adduced on behalf of the defence. The jury's verdict was guilty. Upon the matter being considered by the Court of Appeal for Ontario⁴, it was demonstrated that during the course of the trial the jury, despite the trial judge's careful instructions, had been permitted to separate and all members of the court were of the opinion that at least a new trial should be ordered. The relief sought by the appellant in his notice of appeal was only that such new trial be granted but upon counsel for the appellant opening his appeal he took the position that the conviction should be quashed and the appellant released and applied for leave to amend the notice of appeal to so provide. Such leave was granted by the Court of Appeal with Latchford C.J. most vigorously dis-

³ [1938] S.C.R. 396.

⁴ [1938] O.R. 200.

Le savant juge d'extradition a ajouté qu'il existe un ensemble important d'arrêts selon lesquels le juge du procès a le droit d'intervenir et de dessaisir le jury quand la preuve du ministère public est manifestement si peu digne de foi, de nature si douteuse ou si viciée qu'il devient dangereux ou injuste de contraindre l'inculpé à se défendre en se fondant sur elle. A l'appui de cette thèse, le juge Hugessen a cité un extrait de l'arrêt *R. c. Comba*³, où le juge en chef Duff déclarait à la p. 397:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis, comme la majorité de la Cour d'appel, dont nous trouvons les motifs de jugement convaincants et concluants, que sur demande de l'avocat du prisonnier présentée à la conclusion des témoignages à charge, le savant juge de première instance aurait dû dire au jury que, vu la nature douteuse de la preuve, il serait dangereux de conclure à la culpabilité de l'inculpé et aurait dû lui imposer en conséquence un verdict d'acquiescement. On ne peut, ni ne pourrait, plausiblement prétendre que la preuve soumise au jury par la défense a de quelque façon aidé ou renforcé l'accusation.

L'affaire *R. c. Comba* était peu commune. Il s'agissait d'une accusation de meurtre d'une jeune fille et la preuve était entièrement indirecte. A la fin de l'exposé du ministère public, la défense avait demandé un verdict imposé mais le savant juge de première instance avait rejeté cette requête. On a alors procédé aux plaidoiries des avocats sans qu'aucune preuve ne soit présentée pour la défense. Le jury a rendu un verdict de culpabilité. Lorsque la Cour d'appel de l'Ontario a été saisie de l'affaire⁴, il a été démontré qu'au cours du procès, en dépit des directives précises du premier juge, on avait permis au jury de se séparer, et tous les membres de la Cour étaient d'avis qu'il fallait au moins ordonner un nouveau procès. C'est ce que demandait l'appelant dans son avis d'appel, mais son avocat, au début de sa plaidoirie, a soutenu qu'il fallait annuler le verdict de culpabilité et libérer son client, et a sollicité l'autorisation de modifier l'avis d'appel en conséquence. La Cour d'appel a accordé la permission demandée, le juge en chef Latchford s'y opposant énergiquement.

³ [1938] R.C.S. 396.

⁴ [1938] O.R. 200.

senting. Each member of the majority gave reasons for judgment but the reasons of Middleton J.A. were much the most extensive and were concurred in by the other members of the majority. Middleton J.A. said at p. 203, "There was no direct evidence indicating the criminal. The only evidence that can be adduced is purely circumstantial." He then proceeded to examine such circumstantial evidence and applying the well-known test in *Hodge's Case*⁵, demonstrated that such evidence was as consistent with the innocence of the accused as with his guilt. At p. 210, the learned justice on appeal said:

In the next place, it must be borne in mind that counsel for Comba moved to have the case withdrawn from the jury. If I am right in the opinion that this motion should have been granted, then it could not at that time have been known whether Comba would testify or not.

It is this statement that Duff C.J. referred to in the concluding paragraph of his reasons which I have quoted above.

Counsel for the appellant has submitted that *R. v. Comba* must be confined to the cases where circumstantial evidence alone is adduced against the accused, and that only in such cases is a judge justified in directing a verdict or, to put it otherwise, withdrawing the case from the jury. He submits that if there is direct and not merely circumstantial evidence, then no matter how disreputable that evidence be it is the duty of the jury and not the judge to weigh that evidence and determine whether or not it is credible and whether the jury should base its verdict upon it.

It is true that in *Comba* the evidence was wholly circumstantial. I am, however, of the opinion that evidence of a "dubious nature" which would make it unsafe for the jury to register a conviction may be of such dubious nature because it is circumstantial and as consistent with the innocence of the accused as with his guilt, or because it is "tainted and unreliable" as Hugessen A.C.J. described the evidence in the present case. There is but little authority in reference to the task of an extradition commissioner in applying s. 18(1)(b) of the *Extradition Act* but one case where a very similar problem was canvassed is *Re Commonwealth of*

⁵ (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

Chaque juge de la majorité a rédigé des motifs de jugement, mais ceux du juge d'appel Middleton, auxquels les autres membres de la majorité ont souscrit, sont de loin les plus circonstanciés. Il a dit à la p. 203, [TRADUCTION] «Aucune preuve directe ne révélait l'identité du criminel. La seule preuve soumise est purement indirecte». Il a ensuite fait l'examen de la preuve indirecte et, recourant au critère bien connu de l'affaire *Hodge*⁵, il a démontré que cette preuve était compatible aussi bien avec l'innocence de l'inculpé qu'avec sa culpabilité. A la p. 210, le savant juge d'appel a déclaré:

[TRADUCTION] Ensuite, il ne faut pas oublier que l'avocat de Comba a demandé le dessaisissement du jury. Si j'ai raison de penser que cette requête aurait dû être accueillie, alors à l'époque on ne pouvait pas savoir si Comba allait témoigner ou non.

C'est à cet énoncé que renvoie le juge en chef Duff au dernier alinéa de ses motifs que j'ai cité plus haut.

L'avocat de l'appellant soutient que l'arrêt *R. c. Comba* s'applique uniquement lorsque la preuve produite contre l'accusé est indirecte, et que c'est dans de telles circonstances seulement que le juge est fondé à imposer un verdict ou, en d'autres termes, à dessaisir le jury. Il soutient qu'en présence d'éléments de preuve directe et pas seulement indirecte, si peu dignes de foi soient-ils, c'est au jury et non au juge qu'il incombe de les évaluer, d'apprécier leur crédibilité et de juger s'il doit fonder son verdict sur eux.

Il est exact que dans l'affaire *Comba*, la preuve était entièrement indirecte. Cependant, j'estime qu'une preuve «de nature si douteuse» qu'il serait dangereux pour le jury de rendre un verdict de culpabilité peut être telle parce qu'elle est indirecte et compatible tant avec l'innocence de l'inculpé qu'avec sa culpabilité, ou parce qu'elle est «viciée et peu digne de foi» pour reprendre les qualificatifs dont s'est servi le juge Hugessen pour décrire la preuve en l'espèce. La jurisprudence nous renseigne peu sur la façon dont un juge d'extradition doit appliquer l'al. b) du par. (1) de l'art. 18 de la *Loi sur l'extradition*, mais l'arrêt *L'État portori-*

⁵ (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

*Puerto Rico and Hernandez*⁶. There an application for an extradition order came before Honeywell, County Court Judge, who went over the evidence most carefully and particularly that which dealt with identification of the accused man whose extradition was sought. The attack made upon that evidence was not as to the truthfulness of the witness who testified *viva voce* and was cross-examined on his evidence, but whether his identification was so slim that it stood no chance of convincing a jury beyond reasonable doubt. Honeywell, Co.Ct.J., refused to order the extradition of the accused man.

An application to review was made by the Commonwealth of Puerto Rico to the Federal Court of Appeal and that court first held that s. 28 of the *Federal Court Act* did not give it power to carry out the review in the circumstances. This Court, reversing the Federal Court of Appeal, held that that Court did have jurisdiction and referred the matter back to the Federal Court of Appeal for hearing on the merits. Thurlow J. gave the judgment for the Court dismissing the application to review and set aside the decision of the extradition commissioner. After citing the various tests which I have referred to above, Thurlow J. said at p. 1211:

Each of these tests or ways of putting a test may, as I see it, be more or less useful to a justice or an extradition Judge, depending on the kind of a case presented but it must, I think, be remembered that whichever way the test is put it can serve only as an aid to the justice or Judge in forming an opinion on the evidence, which the statute directs him to apply, as to the sufficiency of that evidence to put the accused person on trial. For this purpose I should have thought that the minimum requirement would be evidence upon which, if unanswered at the trial, a jury acting reasonably might convict but the statute does not prescribe a standard. It leaves the standard of sufficiency to the judgment of the justice or Judge and it appears to me that so long as his conclusion is supportable as being a reasonable conclusion on the evidence before him, it is not essential that it should appear that he has applied any particular or defined standard. In particular, I do not think there is any cause for complaint that a particular standard has not been applied if the standard actually applied is a lower or less demanding one and the justice or Judge has

*cain c. Hernandez*⁶ porte sur un problème semblable. Dans cette affaire, le juge de comté Honeywell a été saisi d'une demande d'ordonnance d'extradition; il a étudié la preuve très attentivement, particulièrement celle qui traitait de l'identification de l'inculpé dont on demandait l'extradition. On ne s'attaquait pas à la bonne foi du témoin, qui avait déposé de vive voix et avait été contre-interrogé, mais il semblait douteux que l'identification qu'il avait faite de l'intimé ait la moindre chance de convaincre un jury au-delà de tout doute raisonnable. Le juge de comté Honeywell a refusé d'ordonner l'extradition de l'inculpé.

L'État portoricain a présenté une demande d'examen de cette décision à la Cour d'appel fédérale, qui a statué d'abord que l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne lui donne pas compétence pour ce faire. Cette Cour, infirmant la décision de la Cour d'appel fédérale, a statué que cette dernière a effectivement compétence et lui a renvoyé l'affaire pour qu'elle la juge au fond. Le juge Thurlow a prononcé le jugement de la cour rejetant la demande d'examen et d'annulation de la décision du juge d'extradition. Après avoir cité les différents critères que j'ai déjà mentionnés, le juge Thurlow a déclaré à la p. 1211:

Chacun de ces critères ou chacune de ces façons de formuler un critère, peut être, à mon avis, plus ou moins utile à un juge de paix ou à un juge d'extradition, selon le type d'affaire en cause. Mais on doit, à mon sens, retenir que, peu importe la manière de formuler le critère, celui-ci ne peut servir que de repère au juge de paix ou au juge pour lui permettre de se faire une opinion sur la preuve, opinion que la loi lui impose d'appliquer, quant au caractère suffisant de celle-ci pour justifier une mise en accusation. Pour cette raison, il me semble qu'il conviendrait d'exiger au moins une preuve qui, si elle n'est pas réfutée lors du procès, serait de nature à motiver une condamnation de la part d'un jury raisonnable, mais la législation n'impose pas de critère. Elle laisse l'appréciation du caractère suffisant de la preuve au juge de paix ou au juge et il me semble que dans la mesure où sa conclusion est justifiée comme découlant raisonnablement de la preuve, il n'est pas essentiel qu'il s'avère qu'il a appliqué un critère donné. En particulier, je ne pense pas que l'on puisse se plaindre qu'un critère donné n'a pas été appliqué si le critère

⁶ [1973] F.C. 1206, 15 C.C.C. (2d) 56.

⁶ [1973] C.F. 1206, 15 C.C.C. (2d) 56.

nevertheless concluded that the evidence was insufficient.

He then proceeded to review the evidence and said at pp. 1214:

After having read and reread the evidence of the witnesses Atilano and Ortiz, and after hearing the very able argument of counsel for the Commonwealth of Puerto Rico I am not persuaded that the evidence was reasonably sufficient to warrant putting the respondent on trial. Indeed, I find it inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence as a purported identification made a year after the event by a person who did not previously know the accused and whose only opportunity to observe him was a fleeting one from a distance of some 60 ft., if indeed he ever got that close. The evidence of the witness having selected the respondent's identification card is not in itself evidence implicating the respondent, and in the circumstances as described it tends to weaken rather than to strengthen the identification made by Atilano at the hearing since it is the person shown in the picture which the witness had ample opportunity to examine, rather than the fleeting view of the gunman that the witness would thereafter tend to remember. Nor was there anything else to implicate the respondent or corroborate such identification.

This conclusion is sufficient to dispose of the application for if the Court is not itself persuaded that the evidence warranted committal still less is it persuaded that it was not open to the learned extradition Judge in exercising his discretion to regard the evidence as insufficient.

(The underlining is my own.)

Thurlow J. said at p. 1215:

It was also urged that the learned Judge erred in law in having weighed the testimony and thus usurped the function of the jury to determine the credibility of the witnesses and the value of their testimony. I do not regard it as possible, however, for an extradition Judge to perform his function without having some regard for the obvious weight or lack of weight of testimony put before him. He must, I think, weigh it in a rough scale to determine its usefulness at a trial and what conclusions the whole or parts of it would support. Here the learned Judge on more than one occasion mentioned that it was not his function to weigh the evidence but simply to determine its sufficiency and I do not think his conclusion can be regarded as having proceeded from

effectivement retenu est moins exigeant et que le juge de paix ou le juge en a néanmoins conclu à l'insuffisance de la preuve.

Il a ensuite passé en revue la preuve et a conclu (à la p. 1214):

Après plusieurs examens des témoignages d'Atilano et d'Ortiz et après avoir entendu l'excellente plaidoirie de l'avocat de l'État de Porto Rico, je ne suis pas convaincu que la preuve suffisait raisonnablement à justifier la mise en accusation de l'intimé. De plus, je trouve inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue que cette prétendue identification qui a eu lieu un an après l'événement et qui a été effectuée par une personne qui ne connaissait pas l'accusé auparavant et qui, de plus, n'a eu l'occasion de le voir qu'au moment où il s'enfuyait et ce, à une distance d'à peu près soixante pieds, si tant est qu'il s'en soit approché d'aussi près. Que le témoin ait choisi la carte d'identité de l'intimé ne prouve pas en soi que l'intimé était mêlé à l'affaire. Je dirais même que, vu les circonstances telles que décrites, cet élément tend à affaiblir plus qu'à renforcer la force probante de l'identification faite à l'audience par Atilano; en effet, le témoin aurait tendance à se souvenir par la suite du personnage de la photographie qu'il a eu tout loisir d'examiner plutôt que de la silhouette fugitive du tireur. Aucune autre preuve n'a été présentée tendant à impliquer l'intimé ou à corroborer cette identification.

Cette conclusion suffit à rejeter la demande, car, si la Cour n'est pas elle-même convaincue que la preuve justifie l'incarcération, elle l'est encore moins que le savant juge d'extradition ne pouvait pas, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, considérer la preuve insuffisante.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge Thurlow a dit à la p. 1215:

On a également soutenu que le savant juge avait commis une erreur de droit en évaluant le témoignage, usurpant ainsi les fonctions du jury d'apprécier la crédibilité des témoins et la valeur de leurs témoignages. Toutefois, je ne considère pas qu'il soit possible pour un juge d'extradition d'exercer ses fonctions sans tenir compte du poids ou du manque de poids manifestes d'un témoignage qui lui est soumis. J'estime qu'il lui appartient de l'évaluer approximativement pour déterminer son utilité au procès ainsi que les conclusions que tout ou partie de ce témoignage pourrait appuyer. Le savant juge, en l'espèce, a déclaré à plusieurs reprises qu'il ne lui appartenait pas de peser la preuve mais simplement de se prononcer sur son caractère suffisant et je ne pense pas

any misdirection or error of law as to the function he was performing. He applied the "probably guilty" test and concluded that the evidence did not show that the respondent was probably guilty, a conclusion which, with respect, I share, and as that is the lowest of the several standards which I discussed earlier in these reasons it can scarcely be said that the conclusion could have been anything but the same had any of the more stringent standards of sufficiency been applied.

It is my view that Hugessen A.C.J. purported to act exactly in accordance with the above statement of Thurlow J. in giving reasons in the present appeal when he said:

A finding that evidence is "manifestly unreliable" or "dubious" does, of course, necessarily involve some sort of weighing process, not, however, for the purpose of determining whether such evidence "proves" the charge but rather for the purpose of determining whether it has any weight at all which could prove the charge. As stated by Thurlow J. in the case of *HERNANDEZ* (above cited), the extradition judge must weigh the evidence "in a rough scale, to determine its usefulness at a trial and what conclusions the whole or parts of it would support".

With respect, I am in complete agreement with the statement of Thurlow J. and I am ready to approve Hugessen A.C.J. having followed that principle. I am of the opinion that the trial judge, upon considering whether he should direct a verdict at the close of the Crown's case, has a discretion to direct a verdict not confined only to those cases where the evidence was wholly circumstantial. Rather, his discretion is, in the words of Chief Justice Duff, "whether the evidence is of such a dubious nature as to be dangerous". In *Puerto Rico v. Hernandez, supra*, the evidence was dubious and dangerous to use as a basis for conviction because the witness purported to make observations which the learned trial judge believed were impossible. In the present case, the evidence is dangerous and dubious because it was given by a witness who was quite evidently acting in hope of a reward which had been promised to him in detail. I use Thurlow J.'s words in *Hernandez*, "I find it inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence . . .".

que l'on puisse soutenir que sa conclusion découle d'une conception erronée de son rôle ou d'une erreur de droit à cet égard. Il a fait application du critère de la «culpabilité probable» et il a conclu que la preuve ne démontrait pas la culpabilité probable de l'intimé, conclusion qu'en toute déférence, je partage. Dans la mesure où ce critère est le moins exigeant des critères que j'ai précédemment examinés dans ces motifs, on ne saurait prétendre que la conclusion aurait été différente si l'on avait appliqué des critères plus exigeants relativement au caractère suffisant de la preuve.

Je suis d'avis que le juge Hugessen entendait agir conformément à l'exposé précité du juge Thurlow en rendant les motifs dans la présente affaire lorsqu'il a dit:

[TRADUCTION] Naturellement, conclure que la preuve est «manifestement peu digne de foi» ou «douteuse» implique un certain processus d'évaluation, non pas toutefois dans le but de déterminer si la preuve est de nature à établir le bien-fondé de l'accusation mais plutôt afin de déterminer si elle contient des éléments pouvant étayer l'accusation. Comme l'a déclaré le juge Thurlow dans l'arrêt *HERNANDEZ* (précité), le juge d'extradition doit évaluer la preuve «approximativement pour déterminer son utilité au procès ainsi que les conclusions que tout ou partie de ce témoignage pourrait appuyer».

Avec égards, je suis d'accord avec l'énoncé du juge Thurlow et je suis d'avis que le juge Hugessen a eu raison de suivre ce principe. J'estime que lorsque le juge de première instance examine s'il doit imposer ou non un verdict à la fin de l'exposé du ministère public, son pouvoir discrétionnaire n'est pas limité aux seules affaires où la preuve est entièrement indirecte. Comme l'a dit le juge en chef Duff, il a aussi ce pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] «lorsque la preuve est de nature si douteuse qu'elle en est dangereuse». Dans l'affaire *L'État portoricain c. Hernandez* (précitée), il était dangereux de condamner l'accusé au vu d'une preuve aussi douteuse, provenant d'un témoin qui prétendait avoir fait certaines constatations que le juge estimait impossibles. En l'espèce, la preuve est dangereuse et douteuse parce que le témoin avait évidemment déposé dans l'espoir d'obtenir une récompense qu'on lui avait promise avec force détails. Je reprends ce que disait le juge Thurlow dans l'arrêt *Hernandez*, «Je trouve inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue . . .».

Counsel for the appellant has cited various cases in which appellate courts have reviewed and reversed the decisions of trial court judges to direct verdicts but an examination of each of those cases would indicate that the trial court judges in such cases were weighing the evidence for the purpose of determining the credibility. So, in *R. v. Robichaud*⁷, the Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick reversed the trial judge when he had directed a verdict on the basis that the evidence did not show beyond reasonable doubt that the accused man had used more than sufficient force to repel an assault and did not show beyond a reasonable doubt the cause of death. There was no question of credibility whatsoever. The evidence was given by two young boys whose credibility was not doubted. It was simply a question of whether that evidence showed beyond a reasonable doubt the factors necessary to establish the ingredients of the offence of manslaughter. With respect, I am of the opinion that the Appeal Division was quite correct in its view that the weight of that evidence was certainly a matter for the jury and no directed verdict should have been issued. The case, in my opinion, is not applicable to the present situation and I am of the opinion that *Puerto Rico v. Hernandez* is.

There is another factor. The magistrate considering whether he should commit an accused person for trial knows that if he does commit that accused then he will be tried in accordance with the provisions of the Canadian *Criminal Code*, Canadian *Bill of Rights* and, in a procedure where the accused's interests will be accorded all proper protection. An extradition commissioner, and this has no particular application to the present case, may, on the other hand, consider whether he should order the extradition of the arrested person to a jurisdiction of which he has no knowledge of the prosecution procedures or doctrines or traditions. Moreover, the extradition commissioner has no knowledge of the procedures which were involved in obtaining the evidence which is adduced before him and upon which he is asked to base his order for extradition. There is, therefore, in my view,

⁷ (1951), 12 C.R. 167.

L'avocat de l'appelant a cité divers arrêts dans lesquels les cours d'appel ont examiné et infirmé les décisions de juges de première instance d'imposer des verdicts, mais l'étude de chacun de ces arrêts révèle que les premiers juges avaient évalué la preuve aux fins de déterminer la crédibilité du témoin. Ainsi dans l'arrêt *R. v. Robichaud*⁷, la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick a infirmé la décision du juge de première instance imposant un verdict aux motifs que la preuve ne démontrait pas au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé avait repoussé son agresseur avec plus de violence que nécessaire et qu'elle n'établissait pas la cause du décès. La question de la crédibilité n'entraîne pas en cause, car il s'agissait de deux jeunes témoins dont la crédibilité n'était pas mise en doute. Il fallait simplement déterminer si la preuve établissait au-delà de tout doute raisonnable les éléments nécessaires de l'homicide involontaire. Avec égard, je suis d'avis que la Division d'appel a eu raison de juger qu'il incombe au jury d'évaluer ces témoignages et qu'il ne fallait pas lui imposer un verdict. A mon avis, cet arrêt, contrairement à l'arrêt *L'État portoricain c. Hernandez*, ne s'applique pas en l'espèce.

Un autre facteur entre en ligne de compte. Le juge de paix, lorsqu'il doit décider s'il y a lieu de renvoyer un inculpé pour qu'il subisse son procès, sait que si telle est sa décision, l'inculpé sera alors jugé conformément aux dispositions du *Code criminel* canadien et de la *Déclaration canadienne des droits*, selon une procédure garantissant à ce dernier la protection de ses droits. Par contre, et cela ne s'applique pas spécialement en l'espèce, un juge d'extradition peut se demander s'il doit ordonner que la personne en état d'arrestation soit livrée à une juridiction étrangère, dont il ignore tout de la procédure criminelle, de la doctrine et des traditions. De plus, le juge d'extradition ne connaît pas les procédures auxquelles on a eu recours pour obtenir la preuve qui lui est soumise et sur laquelle on lui demande de fonder son ordonnance d'extradition. Par conséquent, j'estime que le juge d'ex-

⁷ (1951), 12 C.R. 167.

cast upon the extradition commissioner an extra burden of caution.

In *Auger v. Dubeau*⁸, at p. 397, Brossard J. said:

It matters little whether the accused that the Judge has before him is or is not a Canadian citizen, the foreigner being entitled to the benefit of the same protection in a criminal matter as the citizens of the country.

The Judge must also take into account the fact that his decision might have the effect of taking the accused away from the jurisdiction of the Courts of the country where he is and putting him again under the jurisdiction of the Courts of another country and consequently, in conformity with the requirements of s. 13 of the Act, he must take into account the fact that his decision may, in a foreign country even if it be a friend, be interpreted and used against the accused by proceeding in a manner different from what it might be in Canada. So too, the Judge to whom a petition for extradition is presented should grant it only on legal and certain evidence that satisfies him that it is a matter for trial.

For these reasons, I would dismiss the appeal and confirm the decision of the Federal Court of Appeal.

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

RITCHIE J.—This is an appeal brought with leave of this Court from a judgment of the Federal Court of Appeal dismissing an application made pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act* for the review of a decision of Hugessen A.C.J. of the Superior Court of Quebec sitting as an extradition judge under *The Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21 whereby he held that there was no evidence before him to justify him in issuing the warrant applied for under *The Extradition Act* for the apprehension of the respondent in respect of extradition crimes committed in the United States and Canada in violation of the narcotic drug laws of the United States.

The relevant provisions of *The Extradition Act* read as follows:

10. (1) Wherever this part applies, a Judge may issue a warrant for the apprehension of a fugitive on a

⁸ (1952), 111 C.C.C. 390.

tradition doit être d'autant plus prudent.

Dans l'arrêt *Auger c. Dubeau*⁸, à la p. 397, le juge Brossard a déclaré:

Peu importe que le prévenu que le juge a devant lui soit ou ne soit pas citoyen canadien, l'étranger bénéficiant en matière criminelle de la même protection que les citoyens du pays.

Le juge chargé d'enquêter doit également tenir compte du fait que sa décision aura pour effet de soustraire le prévenu à la juridiction des tribunaux du pays où il se trouve pour le remettre à la juridiction des tribunaux d'un autre pays et en conséquence, tout en se conformant aux exigences de l'article 13 de la loi, il doit tenir compte du fait que sa décision peut, en pays étranger, ce pays fût-il ami, être interprétée et utilisée contre le prévenu par la poursuite d'une manière différente de celle dont elle pourrait l'être au Canada. Aussi bien le juge auquel une demande d'extradition est présentée ne doit-il l'accorder que sur une preuve légale et certaine qui le satisfasse qu'il y a matière à procès.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale.

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

LE JUGE RITCHIE—Ce pourvoi, interjeté sur autorisation de la Cour, attaque un jugement de la Cour d'appel fédérale qui rejette une demande d'examen, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, d'une décision du juge en chef adjoint de la Cour supérieure de la province de Québec, le juge Hugessen, qui siégeait en qualité de juge d'extradition en vertu de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, c. E-21. Dans cette décision, le juge Hugessen déclare ne disposer d'aucun élément de preuve lui permettant de lancer le mandat sollicité en vertu de la *Loi sur l'extradition*, pour l'arrestation de l'intimé en raison de crimes commis aux États-Unis et au Canada en violation des lois américaines sur les stupéfiants.

Voici les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'extradition*:

10. (1) Lorsque la présente Partie s'applique, un juge peut lancer son mandat pour l'arrestation d'un fugitif

⁸ (1952), 111 C.C.C. 390.

foreign warrant of arrest, or an information or complaint laid before him, and on such evidence or after such proceedings as in his opinion would, subject to this Part justify the issue of his warrant if the crime of which the fugitive is accused, or of which he is alleged to have been convicted had been committed in Canada.

18. (1) The judge shall issue his warrant for the committal of the fugitive to the nearest convenient prison, there to remain until surrendered to the foreign state, or discharged according to law . . .

(b) in the case of a fugitive accused of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, justify his committal for trial, if the crime had been committed in Canada.

Section 13 of the Act which establishes the procedure to be followed at the extradition hearing provides that:

The fugitive shall be brought before a Judge who shall, subject to this Part, hear his case in the same manner as nearly as may be, as if the fugitive was brought before a justice of the peace, charged with an indictable offence committed in Canada.

(The underlining throughout is my own.)

These sections of the Act must, I think, be read in conjunction with s. 475 of the *Criminal Code* which defines the duty of a "justice" in deciding whether or not an accused should be committed for trial. The section provides:

475. (1) When all the evidence has been taken by the justice he *shall*,

(a) if in his opinion the evidence is sufficient to put the accused on trial,

(i) commit the accused for trial, or . . .

(b) discharge the accused, if in his opinion upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial. (The italics are my own.)

In applying these sections to the case before him, the learned judge sitting as an extradition judge, adopted the following test:

The test laid down by section 18(1)(b) of the Extradition Act is whether the evidence is such as would justify the committal of Mr. Shephard for trial if the alleged

sur un mandat d'arrestation étranger, ou sur une dénonciation ou plainte portée devant lui, et moyennant la preuve ou après les procédures qui, à son avis, sous réserve de la présente Partie, justifieraient l'émission de son mandat si le crime dont le fugitif est accusé, ou dont on allègue qu'il a été convaincu, avait été commis au Canada.

18. (1) Le juge doit lancer son mandat pour faire incarcérer le fugitif dans la prison convenable la plus rapprochée, afin qu'il y soit détenu jusqu'à ce qu'il ait été livré à l'État étranger ou élargi conformément à la loi . . .

b) dans le cas d'un fugitif accusé d'un crime entraînant l'extradition, lorsqu'il est produit une preuve qui, d'après la loi du Canada, sauf les dispositions de la présente Partie, justifierait son incarcération préventive, si le crime avait été commis au Canada.

L'article 13 de la Loi, qui établit la procédure à suivre au cours de l'audience d'extradition, prévoit que:

Le fugitif doit être amené devant un juge, qui, sous réserve de la présente Partie, entend la cause, de la même manière, autant que possible, que si le fugitif était traduit devant un juge de paix sous accusation d'un acte criminel commis au Canada.

(C'est moi qui souligne.)

Je crois qu'il faut lire ces articles de la Loi en corrélation avec l'art. 475 du *Code criminel* qui définit le devoir d'un «juge de paix» lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu de renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès. Cet article prévoit que:

475. (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il *doit*,

a) si, à son avis, la preuve est suffisante pour faire passer la personne inculpée en jugement,

i) renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès, ou . . .

b) libérer la personne inculpée, s'il estime, d'après toute la preuve, qu'on n'a établi aucun motif suffisant pour la faire passer en jugement. (Les italiques sont de moi.)

En appliquant ces articles à l'affaire dont il était saisi, le savant juge, siégeant en qualité de juge d'extradition, a adopté le critère suivant:

[TRADUCTION] Selon le critère établi à l'al. b) du par. (1) de l'art. 18 de la *Loi sur l'extradition*, il faut déterminer si la preuve justifierait l'incarcération pré-

crime had been committed in Canada. In my view, this is the same test as that which is applied at trial, when, at the conclusion of the Crown's case, a motion is made for a directed verdict.

This test was recognized in the unanimous judgment of the Federal Court of Appeal in *The Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*⁹. Mr. Justice Hugessen also made reference to the view expressed by the Chief Justice of the Northwest Territories (Sifton C.J.) sitting as an extradition judge in the case of *re Lattimer*¹⁰ where he said at p. 247:

The duty that is laid upon me is to consider as to whether the evidence that has been adduced in the absence of contradiction would be such as to justify a magistrate in a similar case under our law committing him for the purpose of standing his trial; practically it amounts to the same thing as if in a trial with a judge and jury, there was such evidence that the judge would not be justified in withdrawing the case from the jury.

I agree that the duty imposed upon a "justice" under s. 475(1) is the same as that which governs a trial judge sitting with a jury in deciding whether the evidence is "sufficient" to justify him in withdrawing the case from the jury and this is to be determined according to whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty. The "justice", in accordance with this principle, is, in my opinion, required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction.

In the present case, the evidence before the learned extradition judge was an affidavit of one Albert E. Herrmann made in the State of Wisconsin which disclosed that the respondent had been actively engaged in the drug trade in that State. The affidavit not only disclosed that the deponent had been an accomplice of the respondent in the alleged illegal operations of the respondent, but also that he had been indicted for narcotics offences in Wisconsin, and it then continues as follows:

ventive de Shephard si le crime allégué avait été perpétré au Canada. A mon avis, c'est le même critère que celui que l'on applique au procès, lorsque, à la fin de l'exposé du ministère public, on fait une requête visant à obtenir un verdict imposé.

Le jugement unanime de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *L'État portoricain c. Hernandez*⁹ reconnaît ce critère. Le juge Hugessen a aussi mentionné l'opinion qu'a exprimée le juge en chef Sifton des territoires du Nord-Ouest, siégeant en qualité de juge d'extradition dans l'affaire *re Lattimer*¹⁰. Il a dit à la p. 247:

[TRADUCTION] Il m'incombe de décider si, en l'absence d'éléments contraires, la preuve soumise permettrait à un magistrat, d'après notre droit et dans une affaire semblable, de procéder à son incarcération préventive en vue de son procès. En pratique, cela revient à peu près à la même chose que si, au cours d'un procès avec un juge et un jury, la preuve était telle qu'elle empêchait le juge de dessaisir le jury.

Je conviens que le devoir imposé à un «juge de paix» aux termes du par. (1) de l'art. 475 est le même que celui du juge du procès siégeant avec un jury lorsqu'il doit décider si la preuve est «suffisante» pour dessaisir le jury selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité. Conformément à ce principe, j'estime que le «juge de paix» doit renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès chaque fois qu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité.

En l'espèce, la preuve soumise au savant juge d'extradition consiste en l'affidavit d'un certain Albert E. Herrmann, fait dans l'État du Wisconsin et révélant que l'intimé faisait le trafic de drogues dans cet État. L'affidavit dévoile non seulement que son signataire était associé aux opérations illégales de l'intimé, mais aussi qu'il avait été inculpé au Wisconsin pour des infractions à la législation sur les stupéfiants, et poursuit:

⁹ [1973] F.C. 1206, 15 C.C.C. (2d) 56.

¹⁰ (1906), 10 C.C.C. 244.

⁹ [1973] C.F. 1206; 15 C.C.C. (2d) 56.

¹⁰ (1906), 10 C.C.C. 244.

An attorney has been appointed to represent me, and I am presently free on bond. I make this affidavit freely and voluntarily with full knowledge of my legal rights after the United States Attorney's office promised to dismiss all but one of the narcotics charges against me, which would be held open until after I had testified before the Grand Jury, and in any subsequent criminal prosecutions arising out of my Grand Jury testimony. The final narcotic charge against me would be dismissed upon my completion of all of my court appearances and testimony in criminal prosecutions against my co-conspirators.

In dealing with the grounds upon which the judge sitting at a trial should withdraw the case from the jury, the learned trial judge had occasion to say:

... it seems to me that *there is now a considerable body of jurisprudence and authority* to the effect that the trial judge can and should intervene to withdraw the case from the hands of the jurors where the Crown's evidence is so manifestly unreliable or of so doubtful or tainted a nature as to make it dangerous and unjust to put the accused to his defence on the basis thereof. (The italics are my own.)

For this proposition the authority cited is a passage from the judgment of Sir Lyman Duff in this Court in *R. v. Comba*¹¹, where he said at p. 397:

... the learned trial judge ought, on the application made by counsel for the prisoner at the close of the evidence for the Crown, to have told the jury that, in view of the dubious nature of the evidence, it would be unsafe to find the prisoner guilty, and to have directed them to return a verdict of acquittal accordingly.

It is to be observed that there was no suggestion in the *Comba* case that any of the evidence called by the Crown was either tainted or unreliable. It came from witnesses whose integrity was at no time put in question and who testified as to a variety of circumstances which had excited enough suspicion against the accused to occasion his arrest and trial but which taken together did not establish his guilt in accordance with the accepted

[TRADUCTION] On a désigné un avocat pour me représenter et je suis actuellement en liberté sous caution. Je fais cet affidavit librement et de mon plein gré, informé de mes droits, après que le Bureau du Procureur général des États-Unis eût promis de ne retenir qu'un seul des chefs d'accusation de violation de la législation sur les stupéfiants, qui serait maintenu jusqu'à ce que j'aie témoigné devant le jury d'accusation (*Grand Jury*), et dans toutes poursuites subséquentes au criminel découlant de ma déposition devant le jury d'accusation. On abandonnerait les poursuites sous le dernier chef d'accusation porté contre moi, au terme de toutes mes comparutions devant les tribunaux et de mes dépositions au cours des poursuites au criminel engagées contre mes complices.

En traitant des motifs pour lesquels le juge du procès doit dessaisir le jury, le savant juge de première instance a déclaré:

[TRADUCTION] ... il me semble qu'aujourd'hui, *il existe un ensemble jurisprudentiel et doctrinal important* selon lequel le juge peut et doit intervenir pour dessaisir le jury quant la preuve de la Couronne est manifestement si peu digne de foi, de nature si douteuse ou si viciée qu'il devient dangereux ou injuste de contraindre l'inculpé à se défendre en se fondant sur elle. (Les italiques sont de moi.)

A l'appui de cette thèse, on cite un passage du jugement qu'a rendu sir Lyman Duff en cette Cour dans l'affaire *R. c. Comba*¹¹, où il a déclaré à la p. 397:

[TRADUCTION] ... sur demande de l'avocat du prisonnier présentée à la conclusion des témoignages à charge, le savant juge de première instance aurait dû dire au jury que vu la nature douteuse de la preuve, il serait dangereux de conclure à la culpabilité de l'inculpé, et aurait dû lui imposer, en conséquence, un verdict d'acquiescement.

Soulignons que dans l'affaire *Comba*, on n'a pas prétendu que la preuve soumise par le ministère public était viciée ou douteuse. L'intégrité des témoins n'a jamais été mise en doute; ils ont déposé sur divers faits qui faisaient peser suffisamment de soupçons sur l'accusé pour justifier son arrestation et son procès, mais qui, pris globalement, n'établissaient pas sa culpabilité conformément aux critères reconnus en matière de preuve

¹¹ [1938] S.C.R. 396.

¹¹ [1938] R.C.S. 396.

standards of proof in such cases which are described by Duff C.J. in the following passage:

It is admitted by the Crown, as the fact is, that the verdict rests solely upon a basis of circumstantial evidence. In such cases, by the long settled rule of the common law, which is the rule of law in Canada, the jury, before finding a prisoner guilty upon such evidence, must be satisfied not only that the circumstances are consistent with a conclusion that the criminal act was committed by the accused, but also that the facts are such as to be inconsistent with any other rational conclusion than that the accused is the guilty person.

In the present case the Herrmann affidavit contained direct evidence which was inconsistent with any other rational conclusion than that Shephard had personally committed a criminal act, but the trial judge rejected his evidence as unworthy of belief whereas in the *Comba* case the evidence in question which was accepted as true was entirely circumstantial and did not meet the test required to support a guilty verdict. In my opinion there is no analogy between the two cases.

The trial judge did not find it necessary to make express reference to any of the cases constituting "a considerable body of jurisprudence and authority" to which he refers but was content with the statement that "a full review of the authorities may be found in the judgment of my brother Ouimet in the case of *Dimaulo Ciamarro and Tozzi*" an unreported judgment concerning the position of a judge in considering a motion to withdraw the case from the jury at the close of the prosecution evidence.

The judgment in the *Dimaulo* case is conveniently reproduced as an appendix to the respondent's factum and a consideration of the jurisprudence and authority there cited discloses that the learned judge relied in great measure on certain statements contained in an article by Mr. Glanville Williams in the *Criminal Law Review* (1965) and also some remarks made by Mr. Popple in his

dans les cas que le juge en chef Duff décrit dans l'extrait suivant:

[TRADUCTION] Le ministère public admet qu'en fait, le verdict repose uniquement sur une preuve indirecte. Dans de tels cas, conformément à la règle de *common law* établie depuis longtemps, qui est le principe en vigueur au Canada, le jury, avant de conclure à la culpabilité d'un prisonnier sur la foi d'une preuve indirecte, doit être convaincu non seulement que les faits sont compatibles avec la culpabilité de l'inculpé, mais encore que toute autre conclusion serait illogique.

En l'espèce, l'affidavit de Herrmann contient une preuve directe, incompatible avec toute autre conclusion logique que la perpétration par Shephard lui-même d'un acte criminel, mais le juge de première instance a rejeté son témoignage ne l'estimant pas digne de foi, alors que, dans l'affaire *Comba*, la preuve qui avait été jugée digne de foi était entièrement indirecte et ne répondait pas aux critères requis pour prononcer un verdict de culpabilité. A mon avis, il n'existe aucune analogie entre les deux affaires.

Le juge de première instance n'a pas jugé nécessaire de donner d'exemples précis de cet «ensemble jurisprudentiel et doctrinal important» auquel il faisait allusion, et s'est contenté de dire [TRADUCTION] «Mon collègue le juge Ouimet fait une étude exhaustive des arrêts et ouvrages pertinents dans la décision qu'il a rendue dans l'affaire *Dimaulo Ciamarro et Tozzi*», un jugement non publié traitant de la situation dans laquelle se trouve un juge lorsqu'à la clôture de la présentation de la preuve du ministère public, on lui demande de dessaisir le jury.

L'arrêt *Dimaulo* est reproduit en annexe au factum de l'intimé et la jurisprudence et les ouvrages qui y sont cités révèlent que le savant juge s'est fondé en grande partie sur certaines déclarations contenues dans un article de Glanville Williams publié dans la *Criminal Law Review* (1965) ainsi que sur quelques observations de Popple dans son ouvrage sur la preuve. Les arrêts canadiens cités

work on evidence. The Canadian authorities which are cited, (i.e. *R. v. Knox*¹², *R. v. Gaudet*¹³, *R. v. Pearce*¹⁴ and *R. v. Sawrenko*¹⁵) are all cases in which the learned judge found that the evidence which was entirely circumstantial did not satisfy the rule in *Hodge's Case*¹⁶, as reiterated by Chief Justice Duff in the *Comba* case. All these cases are clearly distinguishable from the present one on the same ground as *R. v. Comba* and in my opinion they do not constitute "a . . . body of jurisprudence and authority" affecting the problem in the present case, nor do I regard the observations of the text writers to which reference is made as justifying any conclusion to the effect that the trustworthiness or credibility of the tendered evidence is a matter for the judge rather than the jury.

In his judgment in *Dimaulo*, Mr. Justice Ouimet also refers to but does not appear to follow, the case of *Girvin v. The King*¹⁷, where the then Chief Justice of this Court in my opinion correctly stated the general rule governing the decision of a judge to withdraw a case from the jury at the close of the prosecution evidence. The chief Justice there said:

I have always understood the rule to be that the Crown, in a criminal case, is not required to do more than produce evidence which, if unanswered, and believed, is sufficient to raise a *prima facie* case upon which the jury might be justified in finding a verdict.

Mr. Justice Hugessen, in the course of his reasons for judgment, appears to adopt some language found in a practice direction given by Lord Parker, L.C.J., in 1962 *Criminal L.R.* at p. 160 where he says that:

A submission that there is no case to answer may properly be made and upheld . . . when the evidence adduced by the prosecution has been so discredited as the result of cross-examination or is so manifestly unreliable that no reasonable tribunal could safely convict upon it.

¹² [1968] 2 C.C.C. 348.

¹³ [1971] 2 C.C.C. 418.

¹⁴ (1963), 40 C.R. 75.

¹⁵ (1971), 4 C.C.C. (2d) 33.

¹⁶ (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

¹⁷ (1911), 45 S.C.R. 167.

(*R. v. Knox*¹², *R. v. Gaudet*¹³, *R. v. Pearce*¹⁴ et *R. v. Sawrenko*¹⁵) sont tous des arrêts dans lesquels le savant juge a statué que la preuve était entièrement indirecte et ne satisfaisait pas à la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*¹⁶, reprise par le juge en chef Duff dans l'arrêt *Comba*. Comme l'arrêt *R. c. Comba*, et pour les mêmes raisons, toutes ces affaires se distinguent clairement de celle qui nous intéresse et j'estime qu'elles ne constituent pas «un ensemble jurisprudentiel et doctrinal important» ayant une portée sur le problème en l'espèce; je ne pense pas non plus que les observations des auteurs mentionnés justifient la conclusion selon laquelle c'est le juge et non le jury qui doit décider de la véracité ou de la crédibilité de la preuve soumise.

Dans l'affaire *Dimaulo* le juge Ouimet renvoie—sans toutefois le suivre—à l'arrêt *Girvin c. Le Roi*¹⁷, dans lequel, à mon avis, le juge en chef de cette Cour, à l'époque, a correctement énoncé la règle générale régissant la décision d'un juge de dessaisir un jury à la clôture des témoignages à charge. Le Juge en chef a dit:

[TRADUCTION] J'ai toujours interprété la règle comme voulant que l'obligation du ministère public, au criminel, se limite à produire des preuves qui, si elles sont crues et non réfutées, suffisent à établir une présomption permettant au jury de prononcer un verdict.

Le juge Hugessen, dans ses motifs, reprend ce que disait le juge en chef lord Parker dans une directive sur la pratique publiée dans 1962 *Criminal L.R.* à la p. 160, lorsqu'il déclare que:

[TRADUCTION] On peut légitimement prétendre que le bien-fondé de la poursuite n'a pas été établi . . . lorsque la preuve soumise par celle-ci a été à ce point mise en doute par le contre-interrogatoire ou qu'elle est si manifestement indigne de foi qu'aucun tribunal ne pourrait raisonnablement rendre un verdict de culpabilité en se fondant sur elle.

¹² [1968] 2 C.C.C. 348.

¹³ [1971] 2 C.C.C. 418.

¹⁴ (1963), 40 C.R. 75.

¹⁵ [1971] 4 C.C.C. (2d) 338.

¹⁶ (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

¹⁷ (1911), 45 R.C.S. 167.

The learned trial judge appears to treat the words “manifestly unreliable” as synonymous with the word “dubious” as it is used in the *Comba* judgment, and he also relies on an extract from the judgment of Mr. Justice Thurlow in the *Hernandez* case, *supra*, where he said of the duty of an extradition judge:

I do not regard it as possible, however, for an extradition judge to perform his function without having some regard for the obvious weight or lack of weight of testimony put before him. He must, I think, weigh it in a rough scale to determine its usefulness at a trial and what conclusions the whole or parts of it would support.

To the extent that the quotation from Parker L.C.J. could have any bearing on the present inquiry, I think it should be observed that it is in no way binding on this or any other Canadian Court, and I am bound to say that I disagree with the remarks of Thurlow J., if they are intended to mean that the extradition judge is seized with the duty to weigh the evidence for the purpose of determining whether or not it is credible. Credibility in my view must always be a question for the jury and if the function of an extradition judge is equivalent to that of a judge in determining whether or not a case should be left to the jury, it follows that credibility is not within his sphere.

The governing principle was stated by Buller J., as long ago as 1788 when he said in *R. v. Atwood and Robbins*¹⁸, at pp. 465-6 that if the ground for objection goes only to the credit of the witness

... his testimony must be received and left with the jury under such directions and observations from the Court as the circumstances of the case may require, to say whether they think it sufficiently credible to guide their decision.

In the present case, Herrmann was, of course, an accomplice and the rule as to “directions and observations” which the Court should give under such circumstances was correctly stated in the judgment of the learned trial judge where he says:

What can I say about this evidence? First of all, it is evidence of an accomplice, and I would, therefore, were I presiding the trial of Shephard, have to instruct the

¹⁸ (1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334.

Le savant juge de première instance semble considérer que l’expression «manifestement indigne de foi» est synonyme du qualificatif «douteux» au sens où l’entend l’arrêt *Comba*, et il s’appuie également sur ce que dit le juge Thurlow dans l’affaire *Hernandez* (précitée) à propos du devoir d’un juge d’extradition:

Toutefois, je ne considère pas qu’il soit possible pour un juge d’extradition d’exercer ses fonctions sans tenir compte du poids ou du manque de poids manifestes d’un témoignage qui lui est soumis. J’estime qu’il lui appartient de l’évaluer approximativement pour déterminer son utilité au procès ainsi que les conclusions que tout ou partie de ce témoignage pourrait appuyer.

Dans la mesure où la citation du juge en chef lord Parker est pertinente en l’espèce, je crois devoir souligner qu’elle ne lie ni cette Cour ni aucun autre tribunal canadien. Je dois dire aussi que je ne suis pas d’accord avec les observations du juge Thurlow si elles signifient que le juge d’extradition est tenu d’évaluer la preuve pour en déterminer la crédibilité. J’estime que c’est au jury de le faire et si la fonction d’un juge d’extradition est la même que celle d’un juge qui doit décider s’il y a lieu de laisser au jury le soin de rendre le verdict, il s’ensuit que la question de la crédibilité n’est pas de son ressort.

En 1788, le juge Buller a exposé le principe directeur en la matière lorsqu’il a déclaré dans l’arrêt *R. v. Atwood and Robbins*¹⁸, aux pp. 465 et 466, que si l’on ne conteste que la crédibilité du témoin

[TRADUCTION] ... il faut recevoir sa déposition et, après avoir adressé les directives et les remarques appropriées dans les circonstances, il faut laisser au jury le soin de décider si le témoignage lui semble suffisamment digne de foi pour guider sa décision.

En l’espèce, ne l’oublions pas, Herrmann était un complice et la décision du savant juge de première instance expose avec justesse la règle relative aux «directives et aux remarques» que le tribunal doit énoncer dans de telles circonstances:

[TRADUCTION] Que puis-je dire au sujet de cette preuve? Tout d’abord, c’est la déposition d’un complice, et par conséquent, si je présidais le procès de Shephard,

¹⁸ (1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334.

jury that it would be dangerous for them to convict upon such evidence alone, since there is no shred of corroboration tending to show the commission of an offence. This fact alone would not, of course, be enough to justify a refusal to commit at preliminary enquiry since an instruction that it would be dangerous to convict without corroboration necessarily implies that it would still be possible to do so.

Mr. Justice Hugessen, however, went on to hold in effect that the Herrmann evidence was so manifestly unreliable as to justify him in treating it as "not being sufficient" within the meaning of s. 475(1) of the *Criminal Code*. In support of this conclusion, the trial judge quoted a passage from a judgment of Parker L.C.J. in the case of *R. v. Pipe*¹⁹, at p. 21, where that learned judge was careful to limit his observations to the circumstances of the particular case before him. The trial judge appears to interpret the passage which he cites from that case as meaning that where a man is not only an accomplice but also one against whom proceedings have been brought and not concluded, his evidence may be so suspect as to warrant a judge in withdrawing the case from the jury, but it appears to me to be unnecessary to consider the *Pipe* case in any detail because of the concession made by Mr. Justice Hugessen, rightly in my view, where he said:

I am prepared to concede that the case of PIPE goes further than the Canadian practice and that, in this country, the mere fact that an accomplice has charges pending against him does not render bad a conviction based upon the testimony of such accomplice.

The learned trial judge, however, went on to cite the unreported judgment of his brother Shorteno in the case of *R. v. Coe* as establishing that evidence such as that of Herrmann "is tainted beyond redemption and cannot in a legal sense be weighed by the jury because the witness is no longer a *free agent* and there is no standard by which his veracity may be tested or estimated."

These observations, made by a single judge in withdrawing the case from the jury, appear to me to constitute the only Canadian authority for Mr. Justice Hugessen's conclusion and it is to be

je devrais prévenir le jury du danger de conclure à la culpabilité sur la seule foi de ce témoignage puisqu'il n'existe pas la moindre preuve corroborante tendant à démontrer la perpétration d'un crime. Naturellement, ce seul fait ne suffirait pas à justifier qu'on refuse à l'enquête préliminaire de faire subir un procès à l'inculpé, car instruire le jury du danger de condamner en l'absence de preuves corroborantes implique nécessairement qu'il serait possible de le faire.

Cependant, le juge Hugessen a en fait conclu que le témoignage de Herrmann était manifestement si peu digne de foi qu'il lui était permis de le considérer comme «n'étant pas suffisant» au sens du par. (1) de l'art. 475 du *Code criminel*. A l'appui de cette conclusion, le juge de première instance a cité un passage du jugement du juge en chef lord Parker dans l'affaire *R. v. Pipe*¹⁹, à la p. 21, où le savant juge avait pris soin de limiter ses remarques aux circonstances particulières de l'affaire dont il était saisi. Le premier juge semble interpréter l'extrait qu'il cite comme signifiant que lorsqu'un témoin est non seulement un complice mais fait lui-même l'objet de procédures encore pendantes, son témoignage peut être à ce point suspect que le juge est autorisé à dessaisir le jury. Toutefois, il me paraît inutile d'étudier l'arrêt *Pipe* en profondeur puisque le juge Hugessen a concédé ce qui suit, avec raison à mon avis:

[TRADUCTION] Je veux bien concéder que l'arrêt PIPE va plus loin que la pratique au Canada et que, dans notre pays, le seul fait qu'un complice soit sous le coup d'inculpations encore pendantes ne rend pas irrégulière une condamnation fondée sur son témoignage.

Cependant, le juge de première instance cite ensuite la décision non publiée de son collègue le juge Shorteno dans l'affaire *R. c. Coe*, comme établissant qu'un témoignage comme celui d'Herrmann [traduction] «est irrémédiablement vicié et, d'un point de vue juridique, le jury ne peut l'évaluer parce que le témoin n'agit plus *en toute liberté* et sa bonne foi ne peut se mesurer à aucun critère».

Ces remarques faites par un seul juge en dessaisissant le jury me semblent constituer la seule jurisprudence canadienne sur laquelle le juge Hugessen peut fonder sa conclusion. Il faut souli-

¹⁹ (1966), 51 Cr. App. R. 17.

¹⁹ (1966), 51 Cr. App. R. 17.

observed that he reached this conclusion notwithstanding the judgment of the Court of Appeal of Alberta in *R. v. Caulfield*²⁰, where Mr. Justice Cairns observed:

The fact that . . . a co-accused, gave evidence under the protection of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, before being sentenced, but after pleading guilty, does not render the conviction bad. We agree that it is not a practice that should be followed but should be discouraged, but provided the tribunal, if a jury, is warned of the dangers of this, or a Judge sitting alone realizes them, as he did in this case where he warned himself specifically of the dangers of accepting this evidence, it is not fatal to the conviction.

Of even greater significance is the judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada in *R. v. Williams*²¹, a case in which leave to appeal to this Court was refused last December. In that case, McIntyre J., speaking for the majority of the Court, cited the last-quoted passage from Mr. Justice Cairns' judgment and endorsed it in the clearest terms saying: "I accept this as a correct statement of the law". McIntyre J., had already stated that, at p. 11:

While the practice of calling an accomplice against whom unresolved legal proceedings are outstanding is to be frowned upon and even condemned involving as it does grave dangers in that a witness may be provided with a strong motive to colour his evidence or give false evidence I cannot say that such evidence is inadmissible nor that its reception will void a conviction. The effect of the Canadian decisions is to indicate that while such a step may affect the weight of evidence offered in this fashion it does not go to the question of admissibility.

In the same case, Mr. Justice Cattanach, speaking for himself, pointed out that Parker L.C.J. had stated in the *Pipe* case that an accomplice who admitted his guilt and testified under promise of immunity was nevertheless "a competent witness". As I have indicated, I think it must be accepted that Herrmann was a competent witness and that his evidence was admissible. The only remaining ground for the learned trial judge disregarding it must therefore be based on his view as to the

gnier qu'il est arrivé à cette conclusion malgré le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *R. v. Caulfield*²⁰, où le juge Cairns a observé:

[TRADUCTION] Le fait que . . . un coaccusé, ait témoigné sous la protection de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, avant d'avoir été condamné mais après s'être avoué coupable, ne rend pas irrégulière sa déclaration de culpabilité. Nous reconnaissons que ce n'est pas là un usage à suivre mais plutôt à décourager; mais pourvu que le tribunal, ou le jury le cas échéant, soit avisé des dangers que cela comporte, ou que le juge siégeant seul s'en rende compte, comme il l'a fait en l'espèce quand il s'est spécialement mis en garde contre les dangers d'accepter ce témoignage, cela n'invalide pas la déclaration de culpabilité.

Encore plus important est le jugement du Tribunal d'appel des cours martiales du Canada dans *R. v. Williams*²¹. En décembre dernier, l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement à la présente Cour a été refusée. Le juge McIntyre, au nom de la majorité du Tribunal, s'est référé au passage précité de la décision du juge Cairns et y a souscrit de façon très claire en disant «c'est là un exposé correct du droit». A la p. 11, le juge McIntyre avait déjà déclaré:

Quoiqu'on doive désapprouver et même condamner la pratique de citer comme témoin un complice contre qui des poursuites judiciaires sont en cours, parce qu'elle comporte de graves dangers en ce qu'elle peut fournir au témoin une raison sérieuse de déformer la vérité ou de donner un faux témoignage, je ne peux pas dire qu'un tel témoignage est irrecevable ni que son admission entraînerait la nullité du verdict de culpabilité. Les décisions canadiennes indiquent qu'une telle mesure peut affecter la valeur du témoignage donné de cette façon, mais pas son admissibilité.

Dans la même affaire, le juge Cattanach, parlant en son propre nom, a souligné que le juge en chef lord Parker avait déclaré dans l'affaire *Pipe* qu'un complice qui reconnaissait sa culpabilité et témoignait après qu'on lui a promis d'abandonner les poursuites, était tout de même [TRADUCTION] «un témoin compétent». Comme je l'ai dit, il faut à mon avis admettre qu'Herrmann était un témoin compétent et que sa déposition était recevable. Le seul motif permettant au savant juge de première

²⁰ (1972), 10 C.C.C. (2d) 539.

²¹ (1975), 21 C.C.C. (2d) 1.

²⁰ (1973), 10 C.C.C. (2d) 539.

²¹ (1975), 21 C.C.C. (2d) 1.

credibility of the witness, and, as I have said, in my opinion that was a matter for the jury or for the trial judge sitting alone if there were no jury.

In endorsing the opinion of the extradition judge, Chief Justice Jaccott rendered the judgment of the Court of Appeal, saying, in part:

I agree with the extradition judge that one type of case where an extradition judge should refuse to grant such a warrant is where a trial judge would feel obliged to direct a jury to bring in a verdict of acquittal and I agree, also, that 'where the Crown's evidence is so manifestly unreliable or of so doubtful or tainted a nature as to make it dangerous or unjust to put the accused to his defence on the basis thereof' is such a case. I do not accept the submission that the latter proposition is restricted to a case of circumstantial evidence.

... I am also of opinion that there is no fair distinction in principle between this case and *Puerto Rico v. Hernandez*; but I must not be taken as expressing any general opinion or enunciating any new principle concerning affidavits such as the one that was under consideration by the extradition judge.

With the greatest respect I cannot accept the proposition that a trial judge is ever entitled to take a case from the jury and direct an acquittal on the ground that, *in his opinion*, the evidence is "manifestly unreliable". If this were the law it would deprive the members of the jury of their function to act as the sole judges of the truth or falsity of the evidence and would thus, in my opinion, be contrary to the accepted role of the jury in our legal system.

I also differ from the learned Chief Justice of the Federal Court in that I consider there to be a clear distinction in principle between this case and that of *Hernandez*. In the latter case Mr. Justice Thurlow characterized the evidence which the extradition judge had found to be insufficient to justify the issuing of a warrant for extradition, in the following paragraph:

After having read and re-read the evidence of the witnesses, Atilano and Ortiz and after hearing the very able argument of counsel for the Commonwealth of Puerto Rico I am not persuaded that the evidence was

instance de n'en pas tenir compte doit par conséquent être fondé sur l'opinion qu'il se fait de la crédibilité du témoin et, comme je l'ai dit, j'estime que cette question relevait du jury ou du juge siégeant seul dans un procès sans jury.

En souscrivant à l'opinion du juge d'extradition, le juge en chef Jaccott a prononcé le jugement de la Cour d'appel, disant notamment:

Je conviens avec le juge d'extradition qu'un tel juge doit refuser de lancer un mandat d'incarcération dans le genre de cas où un juge de première instance se sentirait obligé à donner instruction au jury de rendre un verdict d'acquiescement. Je conviens également qu'il s'agit d'un tel cas [TRADUCTION] «quand la preuve de la Couronne est manifestement si peu digne de foi, de nature si douteuse ou si viciée qu'il devient dangereux ou injuste de contraindre l'inculpé à se défendre en se fondant sur elle». Je rejette l'argument selon lequel cette dernière proposition s'applique seulement au cas où l'on invoque la preuve indirecte.

... Je suis également d'avis qu'on ne peut faire à bon droit une distinction de principe entre cette affaire et l'arrêt *Porto Rico c. Hernandez*; mais on ne doit pas en déduire que j'exprime une opinion générale, ni que j'énonce un principe nouveau concernant les affidavits tels que celui soumis au juge d'extradition.

Avec égards, je ne puis admettre qu'un juge de première instance puisse dessaisir le jury et imposer l'acquiescement parce que, *selon lui*, la preuve est «manifestement peu digne de foi». Si tel était le droit, les jurés seraient privés de la fonction qui est la leur d'agir comme seuls juges de la véracité de la preuve, ce qui, à mon avis, serait contraire au rôle reconnu du jury dans notre système judiciaire.

Je diffère aussi d'opinion avec le savant juge en chef de la Cour fédérale en ce que j'estime qu'il existe une nette distinction de principe entre l'affaire *Hernandez* et celle qui nous intéresse. Dans la première, le juge Thurlow a décrit dans le passage suivant la preuve que le juge d'extradition avait jugé insuffisante pour justifier la délivrance d'un mandat d'extradition:

Après plusieurs examens des témoignages d'Atilano et d'Ortiz et après avoir entendu l'excellente plaidoirie de l'avocat de l'État de Porto Rico, je ne suis pas convaincu que la preuve suffisait raisonnablement à justifier la

reasonably sufficient to warrant putting the respondent on trial. Indeed, I find it inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence as a purported identification made a year after the event by a person who did not previously know the accused and whose only opportunity to observe him was a fleeting one from a distance of some sixty feet, if indeed he ever got that close. The evidence of the witness having selected the respondent's identification card is not in itself evidence implicating the respondent, and in the circumstances as described it tends to weaken rather than strengthen the identification made by Atilano at the hearing . . . Nor was there anything else to implicate the respondent or corroborate such identification.

It thus appears to me clear that in that case it was held that there was not enough evidence to support a *prima facie* case against the accused and in fact that it was "inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence". It was upon this ground that the extradition judge in that case based his opinion as to insufficiency. In the present case, on the other hand, there was overwhelming evidence in the Herrmann affidavit to support the charge of conspiracy in the "distribution, dispensation and possession with intent to distribute of heroin" and "cocaine" contrary to the laws of the United States, so that the extradition judge's failure to issue an extradition warrant can have had nothing to do with the lack of enough evidence and must have been based entirely on his finding that any evidence given by a witness testifying under the inducements held out to Herrmann was "tainted beyond redemption" and could not in a legal sense be weighed by the jury at all. Such a finding overlooks the well-settled rule that the weighing of evidence is always a matter for the jury under proper instructions from the judge, and it forms no part of the function of a "justice" acting under s. 475 of the *Criminal Code* or that of an extradition judge in exercising his powers under *The Extradition Act*.

Having regard to all the above, it will be seen that I am of opinion that the extradition judge erred in principle in the manner in which he purported to exercise the discretion entrusted to him under sections 10(1) and 18(1)(b) of *The Extradition Act*. I would accordingly allow this appeal and order that the decision of the Federal

mise en accusation de l'intimé. De plus, je trouve inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue que cette prétendue identification qui a eu lieu un an après l'événement et qui a été effectuée par une personne qui ne connaissait pas l'accusé auparavant et qui, de plus, n'a eu l'occasion de le voir qu'au moment où il s'enfuyait et ce, à une distance d'à peu près soixante pieds. Que le témoin ait choisi la carte d'identité de l'intimé ne prouve pas en soi que l'intimé était mêlé à l'affaire. Je dirais même que, vu les circonstances telles que décrites, cet élément tend à affaiblir plus qu'à renforcer la force probante de l'identification faite à l'audience par Atilano . . . Aucune autre preuve n'a été présentée tendant à impliquer l'intimé ou à corroborer cette identification.

Il me semble donc évident que, dans cette affaire, on a jugé que la preuve ne suffisait pas à étayer une présomption contre l'inculpé et, en fait, qu'il était «inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue». C'est sur ce moyen que le juge d'extradition s'est fondé dans ce cas pour conclure à l'insuffisance de la preuve. Par contre, en l'instance, l'affidavit de Herrmann suffit amplement à étayer l'accusation de complot en vue de la «distribution, de la revente et de la possession avec l'intention de distribuer de l'héroïne» et de la «cocaine» contrairement aux lois des États-Unis. Le refus du juge d'extradition de délivrer un mandat d'extradition n'a donc rien à voir avec l'insuffisance de la preuve, mais doit totalement reposer sur sa conclusion selon laquelle tout témoignage obtenu à la suite d'offres comme celles faites à Herrmann était «irréremédiablement vicié» et, du point de vue juridique, ne pouvait être évalué par le jury. Une telle décision ne tient pas compte de la règle bien établie voulant qu'il incombe au jury, correctement instruit de l'état du droit par le juge, d'apprécier la preuve et non pas à un juge de paix agissant en vertu de l'art. 475 du *Code criminel* ni à un juge d'extradition exerçant ses pouvoirs en vertu de la *Loi sur l'extradition*.

Compte tenu de tout ce qui précède, je suis d'avis que le juge d'extradition a commis une erreur de principe en exerçant comme il l'a fait les pouvoirs discrétionnaires que lui confèrent le par. (1) de l'art. 10 et l'al. b) du par. (1) de l'art. 18 de la *Loi sur l'extradition*. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir ce pourvoi, d'infirmier l'arrêt de

Court of Appeal, as well as that of the extradition commissioner, be quashed and that the case be referred back to the extradition commissioner for a new consideration of the evidence in the light of the above.

Appeal allowed. LASKIN C.J. and SPENCE, DICKSON and BEETZ JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Louis-Philippe Landry, Montreal.

Solicitors for the respondent: Blais & Leithman, Montreal.

la Cour d'appel fédérale et la décision du juge d'extradition, et d'ordonner le renvoi de l'affaire devant le juge d'extradition aux fins d'un nouvel examen de la preuve qui tienne compte de ce qui précède.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LASKIN et les juges SPENCE, DICKSON et BEETZ étant dissidents.

Procureur de l'appelant: Louis-Philippe Landry, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Blais & Leithman, Montréal.

Golden Eagle Canada Limited *Appellant*;

and

The Municipal Corporation of the City of St-Romuald d'Etchemin *Respondent*.

1976: May 20; 1976: October 5.

Present: Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Municipal law — Assessment — Real value of tanks under construction — Replacement value — Absence of palpable error — Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193, ss. 485, 486 — Charter of the City of Montreal, 1960, 1959-60 (Qué.), c. 102 as amended, ss. 818, 827 — Real Estate Assessment Act, 1971 (Qué.), c. 50, ss. 1(q), 8, 10.

Appellant disputes the assessment of its property as homologated by respondent and affirmed by the Provincial Court and the Court of Appeal.

The municipal assessor had made an assessment of five tanks under construction and various works attached to them which were completed; he assessed them at about eighty per cent of the replacement cost at the time of his visit. Appellant agreed with the replacement cost but argued that it was unrelated to the real value of the half-completed tanks; it contended that the real value was nil as long as construction was not completed and in operation. It contended that the assessor did not recognize the existence of an internal functional depreciation of one hundred per cent, which exists when a building does not meet the needs for which it was constructed.

The Court of Appeal held that these buildings, although not completed, were identifiable with the function they were to perform, and that their real value was proportional to their partial completion.

Held: The appeal should be dismissed.

Appellant relied on s. 827 of the *Charter of the City of Montreal* in support of its argument which it says underlies all Quebec municipal law. However, this section applies only to the territory of the city of Montreal and its existence implies that an improvement under construction in principle could have a real value greater than zero; on the other hand, one may ask whether this section of the 1970 enactment does not concern a specific case of failure to enter on the roll at the time of the

Golden Eagle Canada Limited *Appelante*;

et

La Corporation municipale de la cité de St-Romuald d'Etchemin *Intimée*.

1976: le 20 mai; 1976: le 5 octobre.

Présents: Les juges Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit municipal — Évaluation — Valeur réelle de réservoirs en cours de construction — Valeur de remplacement — Absence d'erreur manifeste — Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, c. 193, art. 485, 486 — Charte de la cité de Montréal, 1960, 1959-60, (Qué.), c. 102 et mod., art. 818-827 — Loi sur l'évaluation foncière, 1971 (Qué.), c. 50, art. 1q), 8, 10.

L'appelante conteste l'évaluation de ses biens telle qu'homologuée par l'intimée et qui fut confirmée par la Cour provinciale et la Cour d'appel.

L'estimateur municipal avait fait l'évaluation de cinq réservoirs en cours de construction ainsi que de travaux terminés s'y rattachant; il les a évalués à environ 80 pour cent du coût de leur remplacement au moment de sa visite. L'appelante est d'accord avec le coût de remplacement mais prétend qu'il n'a aucune relation avec la valeur réelle des réservoirs à moitié terminés; elle prétend que la valeur réelle est nulle tant que la construction n'est pas complétée et l'exploitation commencée. Elle reproche à l'estimateur de ne pas avoir reconnu l'existence d'une dépréciation fonctionnelle interne de 100 pour cent, qui existe lorsqu'un bâtiment ne répond pas aux besoins pour lesquels il a été construit.

La Cour d'appel avait jugé que ces constructions, bien que non complétées, s'identifiaient à la fonction qu'elles auraient à remplir et que leur valeur réelle était proportionnelle à leur parachèvement.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

L'appelante a invoqué à l'appui de son argumentation l'art. 827 de la *Charte de la ville de Montréal* qui serait sous-jacent à tout le droit municipal du Québec. Or, cet article ne s'applique qu'au seul territoire de la ville de Montréal et son existence implique qu'une amélioration en voie de construction pourrait en principe avoir une valeur supérieure à zéro; d'autre part, on pourrait se demander si cet article, dans sa formulation de 1970, ne vise pas le cas particulier de la non-inscription sur le rôle

annual assessment a building which should have appeared there.

Section 10 of the *Real Estate Assessment Act* is not applicable here because this Act, which came into force on January 1, 1972, has no retroactive effect.

In all cases of construction for special purposes, the assessor must calculate the replacement value, and in determining the theoretical market value must consider the owner as a possible purchaser; the price which he would offer must then be calculated not on a subjective value, but on an objective value, according to the ordinary principles of a property replacing the one to be valued.

Appellant contended, in the event that its fundamental proposition was not accepted, that the assessor should have recognized an internal functional depreciation not of one hundred per cent, but of a figure to be determined; the Court will not intervene on this question of fact since the record reveals no palpable error.

Montreal v. Sun Life Assurance Company of Canada, [1952] 2 D.L.R. 81, applied; *Guy Towers Inc. v. City of Montreal*, [1969] S.C.R. 738, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec affirming a judgment of the Provincial Court. Appeal dismissed.

A. J. Campbell, Q.C., for the appellant.

Pierre Delisle, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—Appellant disputes the real estate assessment made of its property, homologated by respondent and affirmed by the Quebec courts.

In 1970, Golden Eagle had a refinery under construction. During the month of May the municipal assessor visited the premises, in accordance with the provisions of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q. 1964, c. 193. In light of his observations and information received from appellant, he made his own calculations to determine the value of what he saw, since the large-scale works under construction were not completed. He assigned a value of \$432,280, which is not disputed, to the land and the completed improvements, that is the enclosures, warehouses, office and residence.

lors de sa confection annuelle d'un immeuble qui aurait dû y apparaître.

L'article 10 de la *Loi sur l'évaluation foncière* ne trouve pas ici application, cette loi, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1972, n'ayant pas d'effet rétroactif.

Dans tous les cas de construction à destination spéciale, la détermination de la valeur réelle oblige l'estimateur à calculer la valeur de remplacement et, dans la détermination de la valeur d'échange hypothétique, à considérer le propriétaire comme un acheteur possible; le prix qu'il offrirait doit alors être calculé suivant la valeur objective et non sur une valeur subjective, conformément aux principes ordinaires d'un immeuble remplaçant celui à évaluer.

L'appelante a soumis, au cas où sa proposition de base ne serait pas acceptée, qu'une dépréciation fonctionnelle interne, non pas de 100 pour cent mais d'un chiffre à être déterminé, aurait dû être reconnue par l'estimateur; la Cour n'intervient pas sur cette question de fait, le dossier ne révélant aucune erreur manifeste.

Arrêt appliqué: *Montréal c. Sun Life Assurance Company of Canada*, [1952] 2 D.L.R. 81; arrêt mentionné: *Guy Towers Inc. c. La Cité de Montréal*, [1969] R.C.S. 738.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec confirmant un jugement de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

A. J. Campbell, c.r., pour l'appelante.

Pierre Delisle, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—L'appelante se plaint de l'évaluation foncière faite de ses biens homologuée par l'intimée et confirmée par les tribunaux du Québec.

En 1970, Golden Eagle avait en chantier une raffinerie. Au cours du mois de mai, l'estimateur municipal, conformément aux prescriptions de la *Loi des cités et villes*, S.R.Q. 1964, c. 193, visita les lieux. A la lumière de ses constatations et des renseignements reçus de l'appelante, il fit ses propres calculs pour établir la valeur de ce qu'il avait sous les yeux, les travaux d'envergure en cours n'étant pas terminés. Au terrain ainsi qu'aux améliorations terminées, savoir clôtures, entrepôts, bureau et résidence, il donna une valeur de \$432,280 qui n'est pas contestée.

The appeal is against the assessment of \$1,979,-620 for five tanks under construction and various works attached to them which were completed, such as the foundations, pipes and decks. (I shall refer to these together as "tanks under construction".) According to the assessor's testimony, these figures represented about eighty per cent of the replacement cost of the tanks under construction at the time of his visit; he preferred not to assess the tanks under construction at one hundred per cent of the replacement cost, for reasons which he gave in his testimony:

[TRANSLATION] ... to keep a certain safety margin, and also to take into account the fact that it is very difficult to determine the exact value of a building under construction.

For the purposes of its pleadings appellant admitted from the outset the accuracy of the assessor's calculations of the replacement cost, but contended forcefully that this cost is unrelated to the real value of the half-completed tanks. Appellant pointed out that it is the real value that the assessor must find, under s. 485 of the *Cities and Towns Act*.

The notice of appeal to the Provincial Court expresses appellant's grounds of appeal as follows:

[TRANSLATION] The assessment was made without taking into account the functional and internal depreciation of the said property, which had no commercial use at the time of the said assessment.

The expression "functional and internal depreciation" is certainly a typographical error, and the word "and" should be deleted. What is undoubtedly meant is the internal functional depreciation which exists, according to the evidence, when a "building does not meet the needs for which it was constructed", does not suit its intended purpose. In the case at bar, there could be no question of the two other types of depreciation mentioned by the witnesses, that is, physical depreciation resulting from the use of the buildings, which certainly did not exist here, and external functional depreciation resulting from economic factors such as market loss, which no one suggests existed here.

Appellant's complaint is therefore that Mr. Bergevin, the assessor, did not recognize the exist-

Le pourvoi s'attaque à l'évaluation de \$1,979,-620 faite de cinq réservoirs en cours de construction et de divers travaux s'y rattachant qui eux étaient terminés, tels que fondations, tuyauterie, ponts. (Je donnerai à cet ensemble l'appellation «réservoirs en construction».) Ces chiffres de l'estimateur, d'après son témoignage, reflètent environ 80 pour cent du coût de remplacement de ces réservoirs en construction au moment de sa visite; il a préféré ne pas évaluer ces réservoirs en construction à 100 pour cent du coût de remplacement pour les raisons qu'il donne dans son témoignage:

... pour me garder une certaine marge de sécurité, et pour tenir compte aussi du fait qu'il est très difficile d'établir exactement la valeur d'un immeuble en construction.

L'appelante, pour les fins de sa procédure, admet depuis le début la justesse des calculs de l'estimateur quant au coût de remboursement, mais elle soutient avec vigueur que ce coût n'a aucune relation avec la valeur réelle des réservoirs à moitié terminés. Or, rappelle l'appelante, c'est cette valeur réelle que doit rechercher l'estimateur aux termes de l'art. 485 de la *Loi des cités et villes*.

L'avis d'appel à la Cour provinciale exprime le grief de l'appelante en ces termes:

L'évaluation a été fixée sans tenir compte de la dépréciation fonctionnelle et interne de ladite propriété qui n'avait aucune utilité commerciale lors de ladite évaluation.

L'expression «dépréciation fonctionnelle et interne» est certainement une erreur de copiste, le mot «et» devant être rayé. Il s'agit sans aucun doute de la dépréciation fonctionnelle interne qui existe d'après la preuve lorsqu'un «bâtiment ne répond pas aux besoins pour lesquels il a été construit», ne répond à sa destination. En l'espèce, il ne saurait être question des deux autres types de dépréciation mentionnés par les témoins, savoir la dépréciation physique, découlant de l'usure des constructions qui certes n'existait pas ici, et la dépréciation fonctionnelle externe, découlant de facteurs économiques comme la perte de marchés, dont personne ne suggère ici l'existence.

L'appelante se plaint donc que l'estimateur Bergevin n'a pas reconnu l'existence d'une déprécia-

ence of internal functional depreciation. The reason for his refusal is found in his testimony:

[TRANSLATION] ... I could not see how Golden Eagle could construct buildings which did not meet the needs for which it had built them.

Golden Eagle finds in this an error in law. In its submission, a real estate improvement of a unique nature such as a refinery has no value if it is not completed and in operation, since each petroleum company has its own techniques and procedures. Until that time, it does not meet the needs for which it was begun, and internal functional depreciation of one hundred per cent must be set off against the replacement cost, so that the real value of the tanks under construction should have been recorded as zero.

The Provincial Court rejected this contention:

[TRANSLATION] To reduce the value to nothing, for scrap iron, is not the appropriate conclusion, and the Court has not found it in the cases.

Bélanger J.A., speaking for the Court of Appeal, after citing this sentence and the surrounding paragraphs, wrote:

[TRANSLATION] The assessment should be made according to the real value of appellant's property. There were buildings erected on its land; although they were not completed, they were identifiable at that time with the function they were to perform. There were parts of tanks and of pipe and communication systems which had a real value proportional to their partial completion.

Golden Eagle sees in this an error which must be corrected.

Appellant recognizes that no part of the *Cities and Towns Act* expressly supports its proposition. However, it sees in the *Charter of the City of Montreal* a statement of principle that it relies on, and which it says underlies all Quebec municipal law. It refers this Court to s. 827 of the *Charter*, from which the following extracts are taken:

The assessor shall fix the real value:

- (a) ...
- (b) of any building the valuation of which does not appear on the rolls and of any enlarged or altered building.

tion fonctionnelle interne. La raison de son refus se retrouve dans son témoignage:

... je voyais mal la Golden Eagle construisant des immeubles qui ne répondraient pas aux besoins pour lesquels elle les construisait.

Golden Eagle voit là une erreur de droit. D'après elle, une amélioration immobilière de type unique comme une raffinerie, chaque compagnie de pétrole ayant ses techniques et ses procédés propres, n'a aucune valeur tant qu'elle n'est pas complétée et en exploitation. Jusqu'à ce moment-là, elle ne répond pas aux besoins pour lesquels elle a été mise en chantier et il faut placer en regard du coût de remplacement une dépréciation fonctionnelle interne de 100 pour cent de sorte que la valeur réelle des réservoirs en construction aurait dû être inscrite comme zéro.

La Cour provinciale a rejeté cette prétention:

Réduire cette valeur à néant pour la mitraille et la ferraille n'est pas la conclusion adéquate et le Tribunal ne l'a pas rencontrée dans la jurisprudence.

M. le juge Bélanger, parlant pour la Cour d'appel, après avoir cité cette phrase et les paragraphes l'entourant, écrit:

L'évaluation devait se faire suivant la valeur réelle des immeubles de l'appelante. Sur le terrain de celle-ci il y avait des constructions d'érigées; bien que non complétées, elles s'identifiaient dès ce moment à la fonction qu'elles auraient à remplir; il s'agissait de portions de réservoirs et de systèmes de tuyauterie et de communication qui avaient une valeur réelle proportionnelle à leur parachèvement.

Golden Eagle voit là une erreur qu'il faudrait corriger.

L'appelante reconnaît qu'aucun texte de la *Loi des cités et villes* ne fonde expressément sa proposition. Mais elle voit dans la *Charte de la ville de Montréal* l'expression du principe qu'elle invoque et qui serait sous-jacent à tout le droit municipal du Québec. Elle nous réfère à l'art. 827 de la *Charte* dont elle cite les extraits suivants:

L'estimateur fixe la valeur réelle:

- a) ...
- b) de tout bâtiment dont l'évaluation n'apparaît pas aux rôles et de tout bâtiment agrandi ou modifié.

He shall amend such valuation rolls accordingly and indicate as the date of imposition based on the new valuation the date of the first of the following:

- (1) that when the works were reasonably completed;
- (2) that when the occupancy of the building or of the altered part thereof commences;
- (3) that of the last day of the period of twenty-four months computed from the first day on which the execution of the works commences.

I do not see how this text supports Golden Eagle's proposition in the least. First, this provision, which obviously applies only to the territory of the city of Montreal, would not be necessary if an improvement under construction in principle could not have a real value greater than zero. Second, one may ask, though I shall not answer this question, whether s. 827 of the 1970 enactment does not concern a specific case, that is the failure to enter on the roll at the time of the annual assessment (s. 818 of the *Charter*) a building which should have appeared there; this omission could apply to several years, since under the last paragraph the taxpayer may be required to pay property taxes on his property not only for the current fiscal year, but also for the two preceding fiscal years. This would be the equivalent for Montreal of the rule in s. 486 of the *Cities and Towns Act*, which provides, in the event of an omission from the roll, for retroactive entry for three years. The only difference between the *Cities and Towns Act* and the *Charter of the City of Montreal* would be that the latter sets a starting point for the case of a building under construction at the time of the assessment, which the Act does not do. In this interpretation, s. 827 of the *Charter* does not go further and make the rule that the assessor could not assign a value to improvements then under construction, when he is preparing the valuation roll each year.

In support of its proposition, Golden Eagle relied also on the *Real Estate Assessment Act*, 1971 (Qué.), c. 50, s. 10 of which provides:

No structure which must be entered on the roll shall be entered before it is substantially completed or substan-

Il modifie ces rôles d'évaluation en conséquence et indique comme date de l'imposition basée sur la nouvelle évaluation la date du premier des faits suivants à se produire:

- 1) celle où les travaux ont été raisonnablement terminés;
- 2) celle à laquelle le bâtiment ou la partie modifiée a commencé à être occupé;
- 3) celle du dernier jour d'une période de vingt-quatre mois calculée à compter du premier jour de l'exécution des travaux . . .

Je ne vois pas que ce texte apporte le moindre support à la thèse de Golden Eagle. D'une part, cette prescription qui ne s'applique évidemment qu'au seul territoire de la ville de Montréal ne serait pas nécessaire si une amélioration en voie de construction ne pouvait avoir en principe une valeur réelle supérieure à zéro. D'autre part, on peut se demander, mais je n'apporterai pas de réponse à cette question, si cet art. 827, dans sa formulation de 1970, ne vise pas un cas bien particulier, savoir la non-inscription sur le rôle lors de la confection annuelle (art. 818 de la *Charte*) d'un immeuble qui aurait dû y apparaître, cette omission pouvant remonter à plusieurs années puisqu'aux termes du dernier paragraphe de l'art. 827, le contribuable peut être appelé à payer des contributions foncières sur son immeuble non seulement pour l'exercice en cours mais aussi pour les deux exercices précédents. Ce serait alors l'équivalent pour Montréal de la règle posée par l'art. 486 de la *Loi des cités et villes* qui, en cas d'omission au rôle, permet l'inscription rétroactive pour trois ans. La seule différence entre la *Loi des cités et villes* et la *Charte de la ville de Montréal* serait que cette dernière impose un point de départ pour le cas d'un édifice en construction au moment de l'évaluation, ce que ne fait pas la Loi. D'après cette lecture, l'art. 827 de la *Charte* n'irait pas plus loin et n'établirait nullement la règle que l'estimateur, en dressant chaque année son rôle d'évaluation, ne pourrait pas donner une valeur aux améliorations alors en construction.

Au soutien de sa proposition, Golden Eagle invoque aussi la *Loi sur l'évaluation foncière*, 1971 (Qué.), c. 50, dont l'art. 10 prescrit:

Aucune construction qui doit être portée au rôle ne l'est avant d'être substantiellement terminée ou substantielle-

tially occupied for the purpose of its initial destination or of a new destination, unless two years have elapsed since the beginning of the work. This section applies to changes, alterations and new construction.

Without dwelling on the fact that this Act is a far-reaching reform of the real estate assessment system, that in s. 8 it adopts the criterion of market value (defined in s. 1(q)), and that in 1973 this criterion was replaced in c. 31 of the Statutes of Quebec by that of the real value, I would point out, along with the Provincial Court, that this Act, which came into force on January 1, 1972, has no retroactive effect. I concur in the opinion of the Quebec courts that it could not even begin to solve the problem.

Pleading an error in law on the part of the assessor, appellant develops its argument as follows:

[TRANSLATION] . . . the only taxable units were the land and the completed parts. The other parts, unconnected, scattered, barely begun, could have neither a market value nor any economic value, because in their condition at the time of the assessment they had no use.

Appellant itself committed the error in law when it forgot that in all cases of construction for special purposes the assessor must necessarily calculate the replacement value in order to determine the real value, and in determining the theoretical market value must consider the owner as a possible purchaser. The Privy Council confirmed and reconfirmed this view in *Montreal v. Sun Life Assurance Co. of Canada*¹. To the extract cited by Bélanger J.A., I would add the following:

(at p. 94)

As they have said, the Board accepts the view that the true test is what a willing buyer would give and a willing seller take.

In many, perhaps in most cases, this figure is not difficult to discover—the first three methods mentioned by the Judge of the Superior Court point out the way. But in a limited number of cases none of these sources of information is available and what such a buyer would

ment occupée pour les fins de sa destination initiale ou d'une nouvelle destination, sauf si deux ans se sont écoulés depuis le début des travaux. Cet article s'applique à la modification et à la transformation, aussi bien qu'à la construction nouvelle.

Sans insister sur le fait que cette loi constitue une réforme en profondeur du régime d'évaluation foncière, que par son art. 8 elle adopte le critère de la valeur marchande (expression définie à l'art. 1q)) et qu'en 1973 par le c. 31 des Lois du Québec ce critère fut remplacé par celui de la valeur réelle, je rappellerai après la Cour provinciale et la Cour d'appel que cette loi, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1972, n'a pas d'effet rétroactif. Comme les tribunaux du Québec, je suis d'avis qu'elle ne saurait nous apporter même un début de solution.

Plaidant erreur de droit de la part de l'estimateur, l'appelante développe sa pensée en ces termes:

. . . les seuls éléments taxables étaient le terrain ainsi que les éléments terminés. Les autres éléments, disparates et éparpillés, à peine ébauchés, ne sauraient avoir une valeur marchande ni une valeur économique quelconque, faute, en leur état au moment de l'évaluation, d'aucune fonctionnalité.

C'est l'appelante elle-même qui commet une erreur de droit lorsqu'elle oublie que, dans tous les cas de construction à destination spéciale, la détermination de la valeur réelle oblige nécessairement l'estimateur à calculer la valeur de remplacement et, dans la détermination de la valeur d'échange hypothétique, à considérer le propriétaire comme un acheteur possible. Le Conseil privé l'a affirmé et réaffirmé dans *Montréal c. Sun Life Assurance Co. of Canada*¹. A l'extrait cité par M. le juge Bélanger, j'ajouterais les suivants:

(à la p. 94)

[TRADUCTION] Comme elle l'a indiqué, la Commission admet que le meilleur critère est ce qu'un acheteur accepte de donner et ce qu'un vendeur accepte de recevoir.

Dans la plupart des cas, sinon tous, ce montant est facile à découvrir—il suffit de suivre les trois premières méthodes mentionnées par le juge de la Cour supérieure. Mais dans un nombre limité de cas, aucune de ces sources d'information n'est disponible; on doit alors

¹ [1952] 2 D.L.R. 81.

¹ [1952] 2 D.L.R. 81.

give or a seller would take can only be ascertained by indirect means. As has been said those means are to be found by relying upon the replacement value however that term may be interpreted or upon the revenue value, or by a mixture of the two.

(at p. 102)

... It is the objective not the subjective value which has to be determined though, as has been said, the owner is to be regarded as one of a possible number of buyers, and subject to careful criticism and a sufficient qualification of price, the cost which he chose to incur is a relevant factor.

I do not hesitate to adopt the following remarks of Bélanger J.A.:

[TRANSLATION] The legal meaning of the expression "real value" and the principles for determining it have now been clearly established in the case law: when a property is of a type the sale of which is difficult to imagine, the ultimate goal must still be to find the market value of the property; consideration must be given not only to the price which a purchaser would pay, but also to that at which the owner would sell, and from this point of view the owner may be considered as any other possible purchaser, and the price which he would offer may be calculated not on a subjective value, but on an objective value, according to the ordinary principles of a property replacing the one to be valued. The property must be valued in the condition in which it is.

One final point: appellant invited the Court, in the event that we do not agree with its fundamental proposition, to reduce the assessment by finding that the assessor should have recognized internal functional depreciation not of one hundred per cent, but of a figure to be determined. The question would then be one of fact, in which there would be no ground for the Court to intervene unless there was palpable error—*Guy Towers Inc. v. City of Montreal*², at p. 740. In this regard, the assessor's competence must be given full weight—*Montreal v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, cited above, at p. 97:

The various considerations applicable and the weight to be applied to each must be left to the judgment of the appropriate bodies, subject to the control of those to whom an appeal is given, always remembering that any interference with the original decision must not be light-ly undertaken.

² [1969] S.C.R. 738.

recourir à des moyens indirects pour déterminer ce qu'un vendeur accepterait de donner et ce qu'un vendeur accepterait recevoir. Comme on l'a dit, ces moyens reposent sur le calcul de la valeur de remplacement, quel que soit le sens de cette expression, ou sur la valeur de rapport ou sur les deux.

(à la p. 102)

... C'est la valeur objective et non subjective qu'il convient de déterminer bien que, comme on l'a déjà dit, le propriétaire doit être considéré comme un des acheteurs possibles et, sous réserve d'une analyse soignée et d'une détermination convenable du prix, ce qu'il est prêt à payer constitue un facteur pertinent.

Je n'ai aucune hésitation à faire miennes les paroles suivantes de M. le juge Bélanger:

Le sens juridique de l'expression «valeur réelle» et les principes de sa détermination ont maintenant été établis clairement par la jurisprudence; lorsqu'un immeuble est d'un type dont la vente est difficilement prévisible, l'objectif ultime demeure néanmoins de trouver la valeur d'échange de l'immeuble; il faut tenir compte non seulement du montant qu'un acheteur paierait mais aussi de celui auquel le propriétaire vendrait et, sous cet aspect, le propriétaire peut être considéré comme tout autre acheteur possible et le prix qu'il offrirait calculé, non pas sur une valeur subjective, mais suivant la valeur objective, conformément aux principes ordinaires d'un immeuble remplaçant celui à évaluer. L'immeuble doit être évalué dans la condition où il se trouve.

Un dernier point. L'appelante nous a invités, au cas où nous ne serions pas d'accord avec sa proposition de base, à réduire l'évaluation en déclarant qu'une dépréciation fonctionnelle interne non pas de 100 pour cent mais d'un chiffre à être déterminé aurait dû être reconnue par l'estimateur. Il s'agirait alors d'une question de fait où il n'y a lieu pour cette Cour d'intervenir qu'au cas d'erreur manifeste—*Guy Towers Inc. c. La Cité de Montréal*², à la p. 740. Dans cette recherche, il faut donner à la compétence de l'estimateur tout son poids—*Montréal c. Sun Life Assurance Co. of Canada* précité, à la p. 97:

[TRANSLATION] C'est aux organismes appropriés qu'il faut laisser décider de l'application de ces diverses considérations et du poids qu'il faut leur donner, sous réserve du contrôle exercé par les juridictions d'appel qui doivent savoir qu'on ne peut modifier à la légère la décision initiale.

² [1969] R.C.S. 738.

In light of this criterion, the record reveals no error of this nature.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Campbell, Pepper & Laffoley, Montreal.

Solicitors for the respondent: Pinsonnault, Pothier, Bégin, Delisle & Veilleux, Québec.

Or le dossier à la lumière de ce critère ne révèle aucune erreur de cette nature.

Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Campbell, Pepper & Laffoley, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Pinsonnault, Pothier, Bégin, Delisle & Veilleux, Québec.

The Fidelity and Casualty Company of New York (*Garnishee*) *Appellant*;

and

General Structures Inc. (*Seizing plaintiff*) *Respondent*;

and

William Harold Booth (*Defendant*) *Mis en cause*.

1975: December 5; 1976: October 5.

Present: Martland, Judson, Spence, Pigeon and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Insurance — Professional liability — Misrepresentation — Irrelevant replies — Insurer not aware of the real situation — Question of "materiality" — Civil Code, arts. 2487, 2488, 2489 and 2490.

Following the collapse of a building the prefabricated metal structure for which had been supplied by respondent, the latter obtained an award for damages against its general manager and chief engineer, the mis en cause, as well as the managing director of the company by which machining of the parts had been done. This order was made jointly on the grounds that they had, in their capacity as consulting engineers, drawn up faulty plans and estimates. After the writ of seizure of garnishment was issued, respondent discontinued its judgment against the managing director of the company.

The insurance policy relied on by respondent was issued to Breault, Booth & Associates.

Appellant, the insurer of the company, challenged the seizure by garnishment, alleging misrepresentation in certain answers given by the mis en cause to questions in the proposal, and contended that the policy was null and void. The trial judge concluded that there were misrepresentations in favour of the insurer. The Court of Appeal did not concur in this finding: it considered that the answers given by the mis en cause were substantially true and that the insurers were aware of the real situation. This appeal asks the Court to rule on the validity of the professional liability insurance issued by appellant.

Held: The appeal should be allowed.

The findings of the judgment at trial concerning the following misrepresentations are restored: (1) at the time in question, there was no partnership between the

The Fidelity and Casualty Company of New York (*Tierce saisie*) *Appelante*;

et

General Structures Inc. (*Demanderesse saisissante*) *Intimée*;

et

William Harold Booth (*Défendeur*) *Mis en cause*.

1975: le 5 décembre; 1976: le 5 octobre.

Présents: Les juges Martland, Judson, Spence, Pigeon et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Assurance — Responsabilité professionnelle — Fausses déclarations — Réponses non pertinentes — Non-connaissance de la situation réelle par l'assureur — Question de «matérialité» — Code civil, art. 2487, 2488, 2489 et 2490.

A la suite de l'écrasement d'un édifice dont la structure métallique préfabriquée avait été fournie par l'intimée, celle-ci fait condamner à des dommages-intérêts son directeur général et ingénieur en chef, le mis en cause, ainsi que l'administrateur délégué de la compagnie à laquelle l'usinage des pièces avait été confié. Ils furent condamnés conjointement pour le motif qu'ils avaient en qualité d'ingénieurs-conseils préparé des plans et devis défectueux. Après l'émission du bref de saisie-arrêt, l'intimée se désista de son jugement contre l'administrateur délégué de la compagnie.

La police d'assurance invoquée par l'intimée fut émise à la société Breault, Booth & Associates.

L'appelante, l'assureur de la société, a contesté la saisie-arrêt, alléguant la fausseté de certaines réponses faites par le mis en cause à la proposition d'assurance et a conclu à la nullité de la police. Le premier juge a conclu à l'existence de fausses déclarations en faveur de l'assureur. La Cour d'appel n'a pas partagé cette conclusion, estimant que les réponses données par le mis en cause sont substantiellement vraies et que la situation réelle était connue de l'assureur. Ce pourvoi demande de prononcer sur la validité de l'assurance-responsabilité professionnelle émise par l'appelante.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Les conclusions du jugement de première instance sont rétablies quant à l'existence des fausses déclarations suivantes: 1) à l'époque pertinente, aucune société

mis en cause and Breault; (2) the mis en cause, the only person with an interest in the partnership, was engaged in construction work; (3) the mis en cause had no employees.

Neither in law nor in fact did the insurer know the real situation. He did not waive the possible effects of these false statements noted by the trial judge. The insurer had no obligation to conduct an inquiry when precise questions are asked and they receive a false reply.

From the point of view of "materiality", the mis en cause did not state fully and frankly the acts which might indicate the nature and the scope of the risk or prevent him from being insured or at least influence the risk premium. In such a precise case the insured is obliged to give a complete picture of the situation, since the case in question is a particularly delicate one.

Gauvremont v. The Prudential Insurance Company of America, [1941] S.C.R. 139; *Henwood v. The Prudential Insurance Company of America*, [1967] S.C.R. 720, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec, quashing a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

Guy Gilbert, Q.C., for the appellant.

André Brossard, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—This appeal, on a seizure by garnishment after judgment, asks this Court to rule on the validity of a professional liability insurance policy issued by appellant to Breault, Booth & Associates. The Superior Court found in favour of the insurer, and the Court of Appeal quashed this judgment.

On May 1, 1966, respondent received from Webcon Limited an order for a large (100' × 160' × 24') prefabricated metal structure, to be delivered to Corner Brook, Newfoundland and erected by the customer. The necessary calculations, plans and estimates were carried out; machining of the parts was done by Les Bâtiments d'Acier Préfabriqués Inc.; the structure was delivered to Corner Brook and the installation was complete by December 1966. Unfortunately, an error had been made in the calculations, with the result that the

n'existait entre le mis en cause et Breault; 2) le mis en cause, la seule personne intéressée dans la société, était engagé dans du travail de construction; 3) le mis en cause n'avait pas d'employés.

Ni en droit, ni en fait, l'assureur ne connaissait la réalité de la situation. Il n'a pas renoncé aux effets que peuvent avoir les fausses déclarations constatées par le premier juge. L'assureur n'a pas l'obligation de faire une enquête lorsque des questions précises sont posées et qu'elles reçoivent une réponse fausse.

Sous l'angle de la «matérialité», le mis en cause n'a pas déclaré pleinement et franchement les faits qui pouvaient indiquer la nature et l'étendue du risque, ni l'empêcher d'être assuré ou tout au moins influencer sur le taux du risque. Dans un cas d'espèce aussi précis, l'assuré a l'obligation de faire un tableau complet de la situation puisqu'il s'agit d'un cas particulièrement délicat.

Arrêts mentionnés: *Gauvremont c. The Prudential Insurance Company of America*, [1941] R.C.S. 139; *Henwood c. The Prudential Insurance Company of America*, [1967] R.C.S. 720.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec, infirmant un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

Guy Gilbert, c.r., pour l'appelante.

André Brossard, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Ce pourvoi, sur une saisie-arrêt en mains tierces après jugement, nous demande de prononcer sur la validité d'une assurance de responsabilité professionnelle émise par l'appelante à Breault, Booth & Associates. La Cour supérieure a conclu en faveur de l'assureur et la Cour d'appel a cassé ce jugement.

Le 1^{er} mai 1966, l'intimée recevait de Webcon Limited la commande d'une structure métallique préfabriquée de grandes dimensions (100' × 160' × 24') devant être livrée à Corner Brook, Terre-Neuve, et érigée par le client. Les calculs, plans et devis nécessaires furent exécutés; l'usinage des pièces fut confié à Les Bâtiments d'Acier Préfabriqués Inc.; la structure fut livrée à Corner Brook et l'érection en fut terminée en décembre 1966. Malheureusement, une erreur s'était glissée dans les calculs avec le résultat que le poids de la neige

weight of snow caused the structure to collapse in March 1967. Hence, on February 20, 1969, respondent obtained an award for damages of \$59,959.94 against its general manager and chief engineer, the mis en cause Booth, as well as André Breault, the managing director of Bâtiments d'Acier Préfabriqués Inc., a company belonging to his family. This order was made *ex parte* against the defendants jointly on the grounds that they had, in their capacity as consulting engineers, drawn up the faulty plans and estimates. Subsequently, after the writ of seizure by garnishment was issued, respondent discontinued its judgment against Breault.

The insurance policy relied on by respondent was issued to Breault, Booth & Associates, described as a partnership. It came into effect on September 11, 1966, for a period of twelve months. The insurance agreement stipulates that the insurer undertakes:

To pay on behalf of the insured all sums which the insured shall become legally obligated to pay as damages because of liability arising out of any act of negligence, error, mistake or omission in rendering or failing to render professional architectural or engineering services whether performed by the insured or by others for whom the insured is legally responsible, provided claims made to recover therefor are brought within the policy period.

This policy was issued following the signing of an insurance proposal by the mis en cause Booth. alleging misrepresentation in certain answers given by Booth to questions in the proposal, appellant challenged the seizure by garnishment and contended that the policy was null and void. Appellant contended that this misrepresentation prevented it from fully appraising the risk (arts. 2487, 2488 and 2489 C.C.). Furthermore, appellant maintained that the answers to the questions in the proposal constitute warranties, and misrepresentation automatically nullifies the contract (art. 2490 C.C.).

The trial judge concluded that the following statements were misrepresentations:

- (1) at the time in question, there was no partnership between Booth and Breault;

entraîna l'écrasement de l'édifice en mars 1967. D'où des dommages de \$59,959.94 auxquels l'intimée a fait condamner le 20 février 1969 son directeur général et ingénieur en chef, le mis en cause Booth, ainsi que André Breault, administrateur délégué de Les Bâtiments d'Acier Préfabriqués Inc., une compagnie appartenant à sa famille. Cette condamnation fut prononcée *ex parte* contre les défendeurs conjointement pour le motif qu'ils avaient en qualité d'ingénieurs-conseils préparé les plans et devis défectueux. Par la suite, après l'émission du bref de saisie-arrêt, l'intimée se désista de son jugement contre Breault.

La police d'assurance invoquée par l'intimée fut émise à Breault, Booth & Associates décrits comme société. Elle entra en vigueur le 11 septembre 1966 pour une période de 12 mois. La convention d'assurance stipule que l'assureur s'engage:

[TRADUCTION] A payer, au nom de l'assuré, toutes les sommes qu'il sera juridiquement tenu de verser à titre de dommages-intérêts résultant de sa responsabilité pour tout acte de négligence, erreur, faute ou omission commis dans le cadre des services professionnels d'architecte ou d'ingénieur rendus, que les services soient effectivement rendus par l'assuré ou par des personnes dont il est juridiquement responsable, pourvu que les réclamations soient présentées dans le délai stipulé dans la police.

Cette police fut émise à la suite de la signature par le mis en cause Booth d'une proposition d'assurance. Alléguant la fausseté de certaines réponses faites par Booth aux questions de la proposition, l'appelante a contesté la saisie-arrêt et a conclu à la nullité de la police. D'après elle, ces fausses déclarations l'ont empêchée d'apprécier pleinement le risque (art. 2487, 2488 et 2489 C.c.). De plus, d'après l'appelante, les réponses aux questions de la proposition constituent des garanties et leur fausseté entraîne automatiquement la nullité du contrat (art. 2490 C.c.).

Le premier juge a conclu à l'existence des fausses déclarations suivantes:

- 1) à l'époque pertinente, aucune société n'existait entre Booth et Breault;

(2) Booth, the only person with an interest in Breault, Booth & Associates, was engaged in construction work;

(3) Booth had no employees.

The trial judge considered that these facts were relevant to a sound appraisal of the risk and that, as the insurer and the broker were unaware of the real situation, the insurance contract was null and void. The Superior Court did not express any view on the defence based on art. 2490 C.C.

The Court of Appeal did not concur in the finding that the insurance proposal contained inaccuracies: it considered that the answers given by the mis en cause Booth were substantially true and that the insurers were aware of the real situation. I must, therefore, examine one by one the facts accepted by the trial judge and set aside by the Court of Appeal. If I conclude that there was really misrepresentation, I shall have to examine the other points, namely awareness of the situation on the part of the insurer and appropriateness of the answers. I shall, as did the trial judge, refrain from examining the question of warranties.

I

Section two of the proposal requests information about the insured, and the mis en cause Booth answered that it was a partnership composed of André Breault and himself. With respect to this answer, the trial judge concluded that [TRANSLATION] "this Court is satisfied that at the time the application was made, Breault no longer had any interest in the partnership Breault, Booth & Associates, and that this partnership no longer existed." Basing his view on the history of the relations between Booth and Breault, Rinfret J. in the Court of Appeal came to a different conclusion; although Montgomery J. concurred in this conclusion, the terms he used were not very affirmative:

I can well understand why the trial judge concluded that the partnership "Breault, Booth & Associates" had ceased to exist. After the dissolution of the partnership between Breault, Booth and their two junior associates, the relationship between Breault and Booth seems to have been not so much a true partnership as a nebulous association based upon a community of interests.

2) Booth, la seule personne intéressée dans Breault, Booth & Associates, était engagée dans du travail de construction;

3) Booth n'avait pas d'employés.

Ces faits, d'après le premier juge, étaient pertinents à une saine appréciation du risque et la réalité était inconnue de l'assureur et du courtier, d'où nullité du contrat d'assurance. La Cour supérieure ne s'est pas prononcée sur la défense fondée sur l'art. 2490 C.c.

La Cour d'appel n'a pas partagé la conclusion que la proposition d'assurance contient des inexactitudes; d'après elle, les réponses données par le mis en cause Booth sont substantiellement vraies et la situation réelle était connue de l'assureur. Il me faut donc examiner un à un les faits retenus par le premier juge et écartés par la Cour d'appel. Si j'en viens à la conclusion que vraiment il y a eu réponses fausses, il me faudra examiner les autres points, savoir connaissance de la situation par l'assureur et pertinence des réponses. Tout comme le premier juge, je m'abstiendrai d'étudier la question des garanties.

I

A son article 2, la proposition demande des renseignements quant à l'assurée et le mis en cause Booth répond qu'il s'agit d'une société composée d'André Breault et de lui-même. Quant à cette réponse, le premier juge conclut que «nous sommes satisfaits qu'au moment de l'application, Breault n'avait plus d'intérêt dans la société Breault & Booth Associés, et que cette société n'existait plus». S'appuyant sur l'historique des relations entre Booth et Breault, M. le juge Rinfret en Cour d'appel en vient à une autre conclusion; bien qu'elle soit partagée par M. le juge Montgomery, les termes employés par ce dernier ne sont pas très affirmatifs:

[TRADUCTION] Je comprends bien pourquoi le juge de première instance a conclu que la société «Breault, Booth & Associates» avait cessé d'exister. Après la dissolution de la société liant Breault, Booth et leurs deux associés en second, les relations entre Breault et Booth ressemblaient beaucoup moins à une véritable société qu'à une vague association basée sur une communauté d'intérêts.

What was the real situation?

In 1961 a partnership was constituted between Breault, Booth and two other engineers, namely Smith and Sauvé. Each of these engineers had permanent employment, but the purpose of their association was to provide professional services outside their regular employment. In fact, as Booth stated in his testimony, this partnership provided various professional services to a number of clients until March 1964. From that time, with the exception of the work which the partnership did for respondent—a point to which I shall return subsequently—this partnership of four people was inactive until it was dissolved in November 1965, at which time almost all the remaining moneys were distributed: \$107.09 was given to Sauvé and \$214.18 to each of the other three. The previous month the necessary forms had been signed to terminate the joint insurance on the lives of the four partners.

Respondent and the *mise en cause* Booth maintain that a new partnership was then constituted between Breault and Booth. The trial judge rejected this proposition, and stated that he had been satisfied beyond any doubt by the evidence that there had not been any partnership between Breault and Booth since 1965. The learned judge pointed out that at that time Breault was giving all his time to his family's company Les Bâtiments d'Acier Préfabriqués Inc., and that Booth was himself employed full-time by respondent. He referred also to the testimony and documents filed, and although he did not indicate which points he accepted, we can do so here since these points were not refuted, as they were drawn from the testimony of Booth himself. For the period in question Breault did not

- (a) make any capital investment;
- (b) introduce a single client;
- (c) do any work whatsoever;
- (d) receive any remuneration whatsoever.

These points are significant, particularly as the accounts, which Booth stated were those of the partnership in the years 1965 and 1966, show that the income for each year amounted to \$1,300, that is, hardly more than the premium on the profes-

Qu'en est-il vraiment?

En 1961 fut constituée une société entre Breault, Booth et deux autres ingénieurs, savoir Smith et Sauvé. Chacun de ces ingénieurs avait un emploi permanent mais leur association visait à rendre des services professionnels en dehors de leur emploi régulier. De fait, c'est Booth qui le relate dans son témoignage, cette société rendit divers services professionnels à un certain nombre de clients jusqu'au mois de mars 1964. A partir de ce moment-là, si l'on fait exception des travaux que la société a pu faire pour l'intimée, une question à laquelle je reviendrai, cette société à quatre fut inactive jusqu'à sa dissolution en novembre 1965 alors que le résidu des argents fut à peu près complètement distribué: \$107.09 à Sauvé et \$214.18 à chacun des trois autres. Le mois précédent avaient été signées les formules nécessaires pour mettre fin à l'assurance conjointe sur la vie des quatre associés.

C'est la prétention de l'intimée et du *mis en cause* Booth que s'est alors constituée une autre société entre Breault et Booth. Le premier juge a écarté cette proposition en affirmant que la preuve avait satisfait hors de tout doute que depuis 1965 il n'y avait pas de société Breault et Booth. Le savant juge souligne qu'à ce moment-là Breault donnait tout son temps à la compagnie de sa famille, Les Bâtiments d'Acier Préfabriqués Inc., et que Booth, lui, était employé à plein temps par l'intimée. Il réfère aussi aux témoignages et aux documents produits et bien qu'il ne souligne pas quels facteurs il retient, nous pouvons le faire ici puisque ces facteurs ne sont pas contredits, étant tirés du témoignage de Booth lui-même. Pour la période pertinente, Breault n'a pas

- a) fait un apport de capital;
- b) présenté un seul client;
- c) fait le moindre travail;
- d) reçu la moindre rémunération.

Ces facteurs sont importants, d'autant plus que d'après les livres que Booth affirme être ceux de la société en 1965 et en 1966, les revenus se sont chiffrés chaque année à la somme de \$1300, c'est-à-dire à peine plus que le montant de la prime

sional liability insurance, which was \$1,225 in 1965 and \$1,265 in 1966. Moreover, the learned judge stated that he accepted the testimony of Breault despite his concealment but did not believe Booth.

Rinfret J. accepted the testimony of Booth that a partnership had been formed between Booth and Breault in November 1965 on the dissolution of the first partnership, and therefore Breault had the onus of showing to the satisfaction of the Court that this new partnership had in fact terminated before the insurance proposal was signed in August 1966. For my part, I cannot accept that this new partnership was constituted in November 1965, and therefore the finding of the trial judge appears to me unimpeachable and should not have been set aside by the Court of Appeal.

II

The fourth question in the proposal asks the proposer if he has employees "engaged in . . . supervision of actual construction", and if the answer is in the affirmative, what proportion of the proposer's overall professional services this represents. Moreover, section five asks the proposer if he is himself "engaged in the actual work of construction, other than supervision". Booth gave a negative answer to both of these questions. The trial judge considered this a misrepresentation and pointed out that Booth was not only the general manager of respondent, to which he gave all his time, but also a substantial shareholder in it, as his share in the capital of the company had increased at the time in question from one-quarter to one-third. As the trial judge stated, respondent erects iron structures and this should have been disclosed in Booth's answers.

Rinfret J. saw the situation differently. Citing an extract from the testimony of Booth in which the latter stated that from the end of 1964 onwards respondent "ceased to perform our own erection operations", he concluded that if respondent was not engaged in construction operations, the proposer Booth could not be so either. The question is whether the evidence as a whole really

sur l'assurance responsabilité professionnelle, savoir \$1225 en 1965 et \$1265 en 1966. Par ailleurs, le savant juge affirme ajouter foi au témoignage de Breault malgré ses réticences et ne pas croire Booth.

M. le juge Rinfret accepte le témoignage de Booth qu'une société Breault et Booth s'est formée en novembre 1965 à la dissolution de la première avec le résultat qu'il appartenait à Breault de prouver à la satisfaction du tribunal que cette nouvelle société avait de fait pris fin avant la signature de la proposition d'assurance en août 1966. Quant à moi, je ne peux accepter la constitution de cette nouvelle société en novembre 1965 de sorte que la conclusion du premier juge me semble inattaquable et qu'elle n'aurait pas dû être écartée par la Cour d'appel.

II

La quatrième question de la proposition demande au proposant s'il a des employés [TRANSDUCTION] «pour . . . surveiller les travaux de construction en cours» et, dans l'affirmative, quelle est la proportion entre ce travail et l'ensemble des services professionnels fournis par le proposant. Par ailleurs, l'art. 5 demande au proposant s'il est lui-même [TRANSDUCTION] «mise à part la supervision, impliqué dans les travaux de construction». A ces deux questions, Booth a donné une réponse négative. Le premier juge a vu là une fausseté en soulignant que Booth était non seulement le gérant général de l'intimée à qui il accordait tout son temps mais qu'il en était aussi un actionnaire important, sa participation dans le capital de la compagnie étant passée à l'époque pertinente de un quart à un tiers. Or, dit le premier juge, l'intimée fait de l'érection de structures de fer et les réponses de Booth auraient dû dévoiler cette situation.

Pour M. le juge Rinfret, telle n'est pas la situation. Citant un extrait du témoignage de Booth dans lequel celui-ci affirme qu'à compter de la fin de 1964 l'intimée [TRANSDUCTION] «avait cessé d'effectuer nos propres travaux de construction» il conclut que si l'intimée n'était pas engagée dans des travaux de construction, le proposant Booth ne pouvait pas l'être. La preuve dans son ensemble

supports the view of Rinfret J. or indicates the contrary. When questioned on May 30, 1967 by counsel for the insurer, and this examination is included in the record, Booth described respondent's activities as follows:

Q. Do they execute work themselves?

A. Yes.

Q. So that their field of activities is essentially building?

A. Right.

Q. As general contractor, or as subcontractor?

A. Both.

Moreover, with respect to his professional activities Booth stated the following in the same examination:

Q. So, in 1966, you were chief engineer of the company?

A. Yes.

Q. What was your work as chief engineer?

A. My responsibilities covered the construction of buildings, in the field, at the site.

These descriptions must be read in conjunction with the assertion made in the statement attached to the writ of summons, in the pleading submitted by respondent against Booth and Breault. Plaintiff describes itself therein as [TRANSLATION] "a construction company specializing in the construction of prefabricated steel structures".

Respondent pointed out that questions four and five should be read in conjunction with question seven, which asks the proposer to specify the nature of his operations, and that, as the proposer is the engineer Booth in his capacity as an engineer, he is not obliged to say what his operations are in his capacity as an employee of respondent. I would accept respondent's explanation along these lines, but I then wonder why the year before, when the previous policy to the one which concerns us here was issued, Booth sent to appellant through a broker a list of the ten largest contracts during the previous five years, and did not include any of the construction work done by the partnership. It is only necessary to re-read this list to see that it refers to construction work undertaken by the

supporte-t-elle vraiment l'opinion de M. le juge Rinfret ou va-t-elle plutôt dans l'autre direction? Interrogé le 30 mai 1967 par les procureurs de l'assureur, et cet interrogatoire fait partie du dossier, Booth décrit comme suit les activités de l'intimée:

[TRADUCTION] Q. Exécutent-ils les travaux eux-mêmes?

R. Oui.

Q. De sorte qu'ils s'occupent essentiellement de construction?

R. C'est exact.

Q. A titre d'entrepreneur général ou de sous-traitant?

R. Les deux.

Par ailleurs, quant à ses activités professionnelles, voici ce que déclare Booth dans le même interrogatoire:

[TRADUCTION] Q. Donc, en 1966, vous étiez l'ingénieur en chef de la compagnie?

R. Oui.

Q. Quelles étaient vos fonctions d'ingénieur en chef?

R. J'étais responsable de la construction des édifices, sur le chantier, sur les lieux-mêmes.

Ces descriptions doivent d'ailleurs se lire avec l'affirmation que l'on retrouve dans la déclaration attachée au bref de sommation dans la procédure présentée par l'intimée contre Booth et Breault. La demanderesse s'y décrit comme «une compagnie de construction spécialisée dans la construction de structures d'acier préfabriquées».

L'intimée souligne que les questions 4 et 5 doivent être lues avec la question 7 qui demande de préciser la nature des opérations du proposant et que, comme le proposant est l'ingénieur Booth en sa qualité d'ingénieur, il n'a pas l'obligation de dire quelles sont ses opérations en qualité d'employé de l'intimée. Je veux bien suivre celle-ci sur ce terrain mais alors je me demande pourquoi l'année précédente, à l'occasion de l'émission de la police antérieure à celle qui nous intéresse ici, Booth a transmis à l'appellante par l'entremise du courtier la liste des dix contrats les plus considérables au cours des cinq années antérieures en n'y incluant aucune des constructions faites par la société. Il suffit de relire cette liste pour constater qu'elle réfère à des constructions entreprises par

employers of one or the other of the four partners. This construction work was done for:

Dominion Lime Limited
 R.C.A. Victor Company
 Hardifoam Products Limited
 Shawinigan Chemical Limited
 Hydro Québec
 Wabush Mines
 Westminster Paper Company Ltd.
 City of Montreal
 Auto Dupreau
 Drew Brown Ltd.

whereas Booth's testimony indicated that the major contracts of the partnership during its existence were with:

Cal-Sil Products
 Hill-Clark-Francis Ltd.
 Lafrenière Developments
 Ambassador Mfg. Ltd.
 Canadian Erectors Ltd.
 J. J. Fitzpatrick Ltd., and
 City of Schefferville.

I would point out that the last of these partnership contracts was in March 1964.

It appears to me that respondent and the mis en cause are in the following dilemma since, as Booth himself has stated, if he acted as a consulting engineer during the period in question, it was for respondent only;

- (1) either the engineering operations covered by the insurance policy are related to the construction and supervision work which Booth did for his employer, namely respondent, and are the substance of the insurance contract, in which case Booth should have answered questions four and five in the affirmative;
- (2) or these engineering operations are not the substance of the insurance contract, with the result that this contract cannot be relied on by respondent to justify its seizure by garnishment.

I accordingly concur in the finding of the trial judge. In my view, the Court of Appeal erred by intervening.

les employeurs de l'un ou l'autre des quatre associés. Il s'agit en effet de travaux exécutés pour:

Dominion Lime Limited
 R.C.A. Victor Company
 Hardifoam Products Limited
 Shawinigan Chemical Limited
 Hydro Québec
 Wabush Mines
 Westminster Paper Company Ltd.
 Ville de Montréal
 Auto Dupreau
 Drew Brown Ltd.

alors que le témoignage de Booth indique que les contrats majeurs de la société au cours de son existence furent:

Cal-Sil Products
 Hill-Clark-Francis Ltd.
 Lafrenière Developments
 Ambassador Mfg. Ltd.
 Canadian Erectors Ltd.
 J. J. Fitzpatrick Ltd. et
 Ville de Schefferville.

Je rappelle que le dernier des contrats de la société remonte à mars 1964.

Il me semble que l'intimée et le mis en cause sont enfermés dans le dilemme suivant puisque d'après Booth lui-même, s'il a agi comme ingénieur-conseil pendant la période pertinente, c'est pour l'intimée seulement:

- 1) ou bien les travaux de génie couverts par la police d'assurance sont reliés aux travaux de construction et de surveillance que Booth faisait pour son employeur, l'intimée, et sont la matière du contrat d'assurance, et alors Booth devait répondre affirmativement aux questions 4 et 5;
- 2) ou bien ces travaux de génie ne sont pas la matière du contrat d'assurance avec le résultat que ce contrat ne peut pas être invoqué par l'intimée pour justifier sa saisie-arrêt.

Je partage donc la conclusion du premier juge. A mes yeux, la Cour d'appel a fait une erreur en intervenant.

III

The third question in the proposal refers to the number of persons employed by the proposer. Booth answered that he had two draftsmen and a typist working for him. The trial judge considered that a misrepresentation, and he was clearly right to do so since it is admitted that Booth had no employees. In itself, this is not a major misrepresentation, but it must be re-read together with the other inaccurate answers and also with the answer to the sixth question, to which the Quebec courts have not referred.

This question refers to the cost of construction done during the previous year for which the proposer prepared the plans, to the estimated cost of construction for the year which is beginning, and to the estimated fees related thereto. As the policy which concerns us was preceded by three others, two of which give the same information, it is of interest to examine the figures given by Booth:

	<i>Previous year</i>	<i>Current year</i>	<i>estimated fees</i>
1964	\$100,000	\$200,000	\$10,000
1965	200,000	500,000	25,000
1966	800,000	500,000	25,000

The reference in Booth's testimony to the professional work which he did for respondent in no way suggests that this work was done free of charge. On the contrary, he stated that his fees were paid in two ways, by an annual retainer and by individual charges. If the figures given by Booth in answer to the sixth question are compared over the years with the total fees for the years 1965 and 1966 shown in the accounts, namely \$1,300 a year, it is clear that the answer given to question six in 1966 contained at the very least inaccuracies.

It is time, I think, to refer to the testimony of Booth to see how, according to him, the relationship between respondent and himself worked, first in his capacity as general manager and chief engineer of respondent, and then in his capacity as a

III

La troisième question de la proposition réfère au nombre d'employés du proposant; Booth a répondu qu'il avait à son service deux dessinateurs et une dactylographe. Le premier juge a vu là une fausseté et il a évidemment raison puisqu'il est admis que Booth n'avait pas d'employés. En soi, cette fausseté n'est pas majeure, mais il faut la relire avec les autres réponses inexactes et aussi avec la réponse à la sixième question à laquelle les tribunaux du Québec n'ont pas référé.

Cette question réfère au coût des constructions érigées au cours de l'année antérieure pour lesquelles le proposant a préparé les plans, au coût approximatif des constructions pour l'année qui commence et aux honoraires approximatifs s'y rattachant. Comme la police qui nous intéresse en a suivi trois autres dont deux donnent aussi les mêmes renseignements, il est intéressant d'examiner les chiffres donnés par Booth:

	<i>Année antérieure</i>	<i>Année en cours</i>	<i>Honoraires approx.</i>
1964	\$100,000	\$200,000	\$10,000
1965	200,000	500,000	25,000
1966	800,000	500,000	25,000

Or, le témoignage de Booth quand il parle des travaux professionnels faits par lui pour l'intimée ne suggère nullement que ces travaux étaient gratuits. Au contraire, il affirme que ses honoraires étaient payés de deux façons, par provision annuelle et par notes individuelles. Si l'on compare les chiffres ainsi donnés par Booth en réponse à la sixième question au cours des années avec le total des honoraires pour les années 1965 et 1966 révélés par ses livres, savoir \$1300 par année, il est clair que la réponse à la question 6 en 1966 contenait à tout le moins des inexactitudes.

Il est temps, je pense, de référer au témoignage de Booth pour voir comment, d'après lui, fonctionnait la relation entre l'intimée, d'une part, et lui-même, d'autre part, d'abord en sa qualité de gérant général et ingénieur en chef de l'intimée et

professional engineer. In his interview with counsel for the insurer in May 1967 he stated the following:

Q. Did you draw plans?

A. Oh, no.

Q. You did not draw plans?

A. No, the draftsmen did that.

Q. These draftsmen, did they report to you as chief engineer?

A. Not for that purpose. They worked under my direction as a Civil engineer in the partnership Breault, Booth Associates.

Q. These draftsmen, they were working for General Structures and paid by General Structures?

A. Yes.

Q. As employees of General Structures, did they report to you?

A. No, for matters of administration, they reported to me as General manager, but for matters of engineering, under the terms of my retainer for Breault, Booth Associates, we were requested to supervise the plans of General Structures.

Q. But as chief engineer for General Structures, you never worked on plans?

A. No.

Q. You swear to that?

A. I swear to that—I am under oath.

Q. You say that your work as chief engineer consists of?

A. Let's say, all the engineering aspects of General Structures business, except for the design. The design came under my responsibility as consulting engineer.

It must be remembered that Booth stated that he devoted two to three hours a week to his professional engineering work outside the area of his employment with respondent.

Looking at the record as a whole, both the answers to questions two, three, four and five and the answer to question six, I concur in the view of the trial judge [TRANSLATION] "that the evidence has shown that the insurance proposal written by Booth was inaccurate and likely to mislead the

ensuite en sa qualité d'ingénieur professionnel. Voici comment il s'exprime dans son entrevue avec l'avocat de l'assureur en mai 1967:

[TRADUCTION] Q. Dressiez-vous les plans?

R. Non.

Q. Vous ne dressiez pas les plans?

R. Non, c'était la responsabilité des dessinateurs.

Q. Ces dessinateurs relevaient-ils de vous, en tant qu'ingénieur en chef?

R. Pas pour cela. Mais ils travaillaient sous mes ordres en tant qu'ingénieur dans la société Breault, Booth & Associates.

Q. Ces dessinateurs travaillaient-ils pour General Structures et étaient-ils payés par cette compagnie?

R. Oui.

Q. En tant qu'employés de General Structures, relevaient-ils de vous?

R. Non, pour les questions d'administration, ils dépendaient de moi, à titre de gérant général; mais pour les questions techniques, nous devions, en vertu de mon entente avec Breault, Booth & Associates, vérifier les plans et devis de General Structures.

Q. Mais à titre d'ingénieur en chef, vous ne dressiez jamais les plans?

R. Non.

Q. Vous le jurez?

R. Je le jure—je témoigne sous serment!

Q. En quoi consiste votre travail à titre d'ingénieur en chef?

R. Disons que je vois à tous les aspects techniques des activités de General Structures, à l'exception des plans. J'étais responsable de la vérification des plans à titre d'ingénieur conseil.

Il faut se rappeler que d'après Booth, il consacrait deux à trois heures par semaine à ses travaux professionnels de génie en dehors du cadre de son emploi chez l'intimée.

Regardant le dossier dans son ensemble, tant les réponses aux questions 2, 3, 4 et 5 que la réponse à la question 6, je partage l'avis du premier juge «que la preuve a révélé que la proposition d'assurance écrite par Booth, était inexacte et propre à

company as to the scope of the risks which it was assuming”.

IV

Respondent maintains that, even though the facts were not correctly represented by Booth, these inaccuracies are unimportant since the broker and the insurer knew the real relationship between Booth and respondent.

This knowledge can only result from the documents given by Booth to the broker. Respondent sought to argue at first instance that the broker had learned all the pertinent facts during his interviews with Booth. The trial judge dismissed this contention and stated that he was satisfied that the broker [TRANSLATION] “never knew exactly the situation between Breault and Booth nor the interests of Booth in General Structures Inc.” As the Court of Appeal did not rule on this aspect of the record, we are left with this conclusion of the trial judge which seems to me perfectly consistent with the evidence.

However, respondent added, and the Court of Appeal accepted this contention, that the document given to the broker in October 1965 and forwarded by him to the insurer gives a complete picture. I cannot accept this view. This document is divided into two parts, the first of which refers to the ten largest construction operations, and I have already referred to this aspect, which in no way enlightens the insurer about the relationship between Booth and respondent. The second part of this document concerns details entitled “Personal Record for Underwriting of Partners”. These details refer to Breault’s experience as an engineer, mention his university degrees and list his employers including his participation in Breault, Booth & Associates. With respect to General Structures Inc., he is listed as its president. In the case of Booth, the details are of the same kind, and as regards General Structures Inc., he is referred to as “General Manager & Chief Engineer”. Furthermore, the history of Sauvé and Smith is also mentioned; this information shows that Sauvé was employed by General Structures Inc. as a construction manager (this information is interesting if compared with respondent’s claim that it did no

tromper la compagnie d’assurance sur l’étendue des risques qu’elle assumait».

IV

L’intimée soumet que, même si les faits n’ont pas été représentés correctement par Booth, ces inexactitudes sont sans importance vu que le courtier et l’assureur connaissaient la vraie relation entre Booth et l’intimée.

Cette connaissance ne peut que résulter des documents remis par Booth au courtier. L’intimée a voulu prétendre en première instance que le courtier avait appris au cours de ses entrevues avec Booth tous les faits pertinents. Le premier juge a écarté cette prétention se déclarant satisfait que le courtier «n’a jamais connu exactement la situation entre Breault et Booth, ni les intérêts de Booth dans General Structures Inc.» Comme la Cour d’appel ne s’est pas prononcée sur cet aspect du dossier, nous restons avec cette conclusion du premier juge qui me semble parfaitement conforme à la preuve.

Mais l’intimée ajoute et la Cour d’appel a accepté cette prétention que le document remis au courtier en octobre 1965 et transmis par lui à l’assureur donne un tableau complet. Je ne puis accepter cette prétention. Ce document est divisé en deux parties, la première référant aux dix constructions les plus considérables et j’ai déjà référé à cet aspect qui, ni de près ni de loin, n’éclaire l’assureur quant à la relation entre Booth et l’intimée. Quant à la deuxième partie de ce document, il s’agit de détails intitulés «Personal Record for Underwriting of Partners». Ces détails réfèrent à l’expérience de Breault comme ingénieur, parlent de ses degrés universitaires et donnent la liste de ses employeurs, y compris sa participation dans Breault, Booth & Associates. Au sujet de General Structures Inc., la mention est faite qu’il en est le président. Quant à Booth, les détails sont de même genre; et quant à General Structures Inc., la mention est [TRADUCTION] «Gérant général & ingénieur en chef». Par ailleurs, le passé de Sauvé et de Smith est aussi mentionné; d’après ces renseignements, Sauvé est à l’emploi de General Structures Inc. en qualité de gérant de construction (cette mention est intéressante si on la compare à la

construction work), whereas Smith appears to have no connection with respondent. To conclude from this document that the insurer possessed all the information required to ascertain that the answers in the proposal were inaccurate is a step which I definitely cannot take. This document in no way establishes

- (a) that the partnership no longer existed in August 1966;
- (b) that Booth had no employees in his service;
- (c) that the figures given by Booth in answer to question six were not genuine;
- (d) that Booth had a dual role, both as an employee of General Structures Inc., a company performing construction work, and as a professional engineer on his own behalf, giving his services exclusively to respondent for the sole purpose of drawing up plans and estimates.

The most one can say in favour of respondent's argument, in view of the fact that the address of the insured is given in the policy as c/o respondent, 50 Place Crémazie, is that this document could have prompted appellant to seek further information. There was no obligation to do so in the circumstances, and I entirely agree with the following extract from the reasons of the trial judge:

[TRANSLATION] The fact that the garnishee would have been wiser to conduct a detailed inquiry cannot prevent him from seeking the annulment of the contract. The questions which the insured must answer are put so as to avoid subjecting business transactions to excessively long and burdensome inquiries.

Neither in law nor in fact did the insurer know the real situation. Accordingly, he did not waive the possible effects of these false statements noted by the trial judge.

V

Examining the case from the point of view of "materiality", the trial judge concluded:

[TRANSLATION] The defendant Booth did not state fully and frankly the facts which might indicate the

prétention de l'intimée qu'elle ne fait pas de travaux de construction), tandis que Smith ne semble avoir aucun lien avec l'intimée. Conclure de ce document que l'assureur avait devant lui tous les renseignements pour constater que les réponses dans la proposition étaient inexactes est un pas que je ne saurais franchir. Ce document, ni de près ni de loin, n'établit

- a) que la société n'existait plus au mois d'août 1966;
- b) que Booth n'avait aucun employé à son service;
- c) que les chiffres donnés par Booth à la question 6 n'étaient pas réels;
- d) que Booth portait deux chapeaux, l'un comme employé de General Structures Inc., compagnie faisant des travaux de construction, et un autre comme ingénieur professionnel à son compte, donnant ses services exclusivement à l'intimée dans le seul domaine de la préparation des plans et devis.

Le plus que l'on puisse dire en faveur de la thèse de l'intimée est que ce document, relié au fait que l'adresse de l'assuré dans la police est donné comme aux soins de l'intimée, 50 Place Crémazie, aurait pu chez l'appelante donner naissance au désir d'en savoir plus long. Aucune obligation de ce faire n'existait en l'espèce et j'adopte entièrement l'extrait suivant tiré des notes du premier juge:

Le fait que la tierce-saisie aurait été plus prudente en faisant une enquête approfondie, ne saurait la priver de demander la nullité du contrat.

Les questions auxquelles doit répondre un assuré, sont posées pour éviter des enquêtes qui seraient trop onéreuses et trop longues pour le commerce.

Ni en droit, ni en fait, l'assureur ne connaissait la réalité de la situation. Par conséquent, il n'a pas renoncé aux effets que peuvent avoir ces fausses déclarations constatées par le premier juge.

V

Examinant l'affaire sous l'angle de la «matérialité», le premier juge conclut:

Le défendeur Booth n'a pas déclaré pleinement et franchement les faits qui pouvaient indiquer la nature et

nature and the scope of the risk or prevent the insurer from assuming it, or at least influence the risk premium.

The trial judge based his conclusion particularly on the view expressed by the expert witness Gerard John Lynch that, if the correct answers had been given to the questions in the proposal, he would not have issued the policy. Furthermore, this statement is consistent with the evidence submitted by three other witnesses, namely an insurance broker and two employees of appellant. These four testimonies have not been contradicted, as no witness was called by respondent on this point. We are therefore squarely within the confines of arts. 2487 to 2489 of the *Civil Code*, and appellant submitted evidence which was not submitted in *Gauvremont v. The Prudential Insurance Company of America*¹, where on page 160 Kerwin J., as he then was, stated:

The criterion, I apprehend, that is to be followed is the same as that set forth by the Privy Council in *Mutual Life Insurance Company v. Ontario Metal Products Company*, [1925] A.C. 344, *i.e.*, whether if the matters concealed or misrepresented had been truly disclosed they would, on a fair consideration of the evidence, have influenced a reasonable insurer to decline the risk or to have stipulated for a higher premium. There is no evidence in the present case that the Company would have done either of these things nor is there anything in the record from which either may be presumed.

See also *Henwood v. The Prudential Insurance Company of America*².

While not expressly examining this question of materiality, Rinfret J. dismissed it indirectly by pointing out that the witness Lynch proceeded from a false premise when he assumed that respondent was in fact a construction company. I have already indicated that in my view the premise accepted by the witness Lynch is in fact the true situation, and therefore on this point I cannot concur in the opinion expressed by Rinfret J. Moreover, it is relevant to point out why the trial judge, following in this regard the statements of the witness Lynch and the other witnesses on the question of materiality, considered it very impor-

l'étendue du risque, ni l'empêcher de l'assurer ou tout au moins influencer sur le taux du risque.

Pour ce faire, il s'appuie particulièrement sur l'opinion exprimée par le témoin expert Gerard John Lynch que, si les vraies réponses avaient été données aux questions de la proposition, il n'aurait pas émis la police. Cette affirmation est d'ailleurs conforme à la preuve offerte par trois autres témoins, savoir un courtier d'assurance et deux employés de l'appelante. Ces quatre témoignages n'ont pas été contredits, aucun témoin n'ayant été offert par l'intimée sur le point. Nous sommes donc carrément dans le cadre des art. 2487 à 2489 du *Code civil* et l'appelante a offert la preuve qui n'avait pas été offerte dans l'arrêt *Gauvremont c. The Prudential Insurance Company of America*¹ où, à la p. 160, M. le juge Kerwin, tel qu'il était alors, souligne:

[TRADUCTION] Le critère applicable est le même que celui énoncé par le Conseil privé dans l'arrêt *Mutual Life Insurance Company v. Ontario Metal Products Company*, [1925] A.C. 344, *c.-à-d.* qu'il faut déterminer si, à la lumière d'une étude attentive de la preuve, un assureur raisonnable aurait refusé le risque ou l'aurait accepté en stipulant des primes plus élevées, s'il avait connu l'existence des faits cachés ou faussement rapportés. En l'espèce, ni la preuve ni le dossier ne peuvent laisser croire que la compagnie aurait adopté l'une de ces solutions.

Voir aussi *Henwood c. The Prudential Insurance Company of America*².

Tout en ne se penchant pas expressément sur cette question de matérialité, M. le juge Rinfret l'écarte indirectement en soulignant que le témoin Lynch part d'une mauvaise prémisse lorsqu'il prend pour acquis que l'intimée est de fait une compagnie de construction. J'ai déjà indiqué qu'à mon sens la prémisse acceptée par le témoin Lynch est en fait la véritable situation de sorte que, sur ce point, je ne puis suivre l'opinion exprimée par M. le juge Rinfret. D'ailleurs, il n'est pas sans intérêt de souligner pourquoi le juge de première instance, suivant en cela les affirmations du témoin Lynch et des autres témoins sur la matérialité, trouve

¹ [1941] S.C.R. 139.

² [1967] S.C.R. 720.

¹ [1941] R.C.S. 139.

² [1967] R.C.S. 720.

tant that the insurer should know the real situation. In the words of the witness Lynch:

... the fundamental point in that would be that there is a community of commercial interests between, or appears to be a community of commercial interests between engineers and a construction company which militates.

This Court is not called upon to decide whether an engineer in the exclusive employment of a company can ever obtain professional liability insurance. I shall express no opinion on that matter, as indeed the evidence does not allow me to do so. What the testimony does clearly show, however, is that in a situation as precise as this one, the insured is obliged to give a complete picture of the situation, since the case in question is a particularly delicate one.

For these reasons, I would allow the appeal and restore the judgment at trial, which maintained with costs the negative statement of the garnishee-appellant, declared policy EP-5718 null and void, quashed the garnishment and dismissed the contestations of the negative statement; the whole with costs in both the Court of Appeal and in this Court.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Gilbert, Magnan & Marcotte, Montreal.

Solicitors for the respondent: Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montreal.

Solicitors for the third party: Johnston, Heenan & Blakie, Montreal.

qu'il était très important pour l'assureur de connaître la vraie situation. Dans les mots du témoin Lynch:

[TRADUCTION] ... essentiellement, il existe, ou il semble exister, une communauté active d'intérêts commerciaux entre des ingénieurs et une compagnie de construction.

Nous ne sommes pas appelés à décider que jamais un ingénieur à l'emploi exclusif d'une compagnie ne peut obtenir une assurance de responsabilité professionnelle. Je n'exprime aucune vue à ce sujet, la preuve d'ailleurs ne le permettant pas. Ce que les témoignages établissent par ailleurs clairement, c'est que dans une situation aussi précise que celle qui est la nôtre, l'assuré a l'obligation de faire un tableau complet de la situation puisqu'il s'agit d'un cas particulièrement délicat.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi et rétablirais le jugement de première instance qui maintenait avec dépens la déclaration négative de la tierce-saisie-appelante, déclarait nulle la police EP-5718, cassait la saisie et renvoyait les contestations de la déclaration négative; le tout avec dépens tant en Cour d'appel que devant cette Cour.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Gilbert, Magnan & Marcotte, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montréal.

Procureurs du mis en cause: Johnston, Heenan & Blaikie, Montréal.

Voyageur Provincial Inc. (*Defendant*)
Appellant;

and

Dame Teresa Palombi Guidolin and Angelo Guidolin (*Plaintiffs*)

and

René Lachance (*Defendant*) *Respondents.*

1976: November 4; 1976: December 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Motor vehicles — Car stopped in left lane — Bus turning over on its side after leaving the paved portion of the highway — Intervention by the Court of Appeal on a question of fact — No error of principle by the appellate court — Highway Code, R.S.Q. 1964 c. 231, s. 50(1) — Civil Code, art. 1053.

Appellant's bus was travelling in the left lane of the Trans Canada Highway in a west-east direction, preparing to pass the vehicles in the right lane. At a certain point the bus left the paved portion of the highway, travelled along the median, and finally turned over on its side. Respondent and one of her daughters were injured and the other was killed.

Appellant argued at the trial that the manoeuvre which was the basis of the action was forced upon the driver by the fault of respondent Lachance, who stopped his car in the left lane and even made some movement of backing up. This plea was accepted by the trial judge, who found Lachance solely responsible for the accident.

In its appeal, appellant asks this Court to reverse the decision of the Court of Appeal, which found appellant liable, and reinstate the judgment at first instance.

Held: The appeal should be dismissed.

The Court of Appeal committed no error of principle by intervening on a question of fact. It undertook the examination of the record with a proper understanding of its duty. The driver of the bus died before the trial, and his testimony may be found only in the record of an examination on discovery. Moreover, the Court of Appeal accepted all the facts in evidence, but drew different conclusions from those of the trial judge.

Voyageur Provincial Inc. (*Défenderesse*)
Appelante;

et

Dame Teresa Palombi Guidolin et Angelo Guidolin (*Demandeurs*)

et

René Lachance (*défendeur*) *Intimés.*

1976: le 4 novembre; 1976: le 7 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Véhicules automobiles — Voiture immobilisée sur la voie de gauche — Autobus versant sur le côté après avoir quitté la partie pavée de la route — Intervention de la Cour d'appel sur une question de fait — Aucune erreur de principe pour la Cour d'appel — Code de la route, S.R.Q. 1964, c. 231, art 50 (1) — Code civil, art. 1053.

L'autobus de l'appelante circulait sur la voie de gauche de la transcanadienne, direction ouest-est, s'apprêtant à dépasser les véhicules de la voie de droite. A un moment, l'autobus quitta la partie pavée de la route pour circuler sur le terre-plein et finalement verser sur le côté. L'intimée et l'une de ses filles furent blessées et l'autre fut tuée.

L'appelante fit valoir en première instance que la manoeuvre reprochée à son chauffeur lui a été imposée par la faute de l'intimée Lachance qui immobilisa sa voiture sur la voie de gauche et y esquissa même un mouvement de recul. Ce plaidoyer fut accepté par le premier juge qui trouva Lachance seul responsable de l'accident.

Par son pourvoi, l'appelante invite cette Cour à infirmer l'arrêt de la Cour d'appel qui a retenu la responsabilité de l'appelante et à rétablir le jugement de première instance.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur de principe en intervenant sur une question de fait. Ce n'est pas sans une juste appréciation de son devoir qu'elle a entrepris l'étude du dossier. Le chauffeur de l'autobus est décédé avant le procès et son témoignage se retrouve seulement dans un interrogatoire au préalable; de plus, la Cour d'appel a accepté la totalité des faits prouvés mais en a tiré des conclusions différentes de celles retenues par le premier juge.

On the basis of the testimony of one of the principal witnesses (who stated that immediately prior to swerving to the right in order to avoid colliding with the car driven by respondent Lachance, he saw the bus in his rearview mirror leave the right lane at a distance of between 300 and 500 feet) the Court of Appeal rightly found that the driver was wrong to leave the right lane when he did, particularly since his raised seat gave him a better view of the road and its hazards than that of the driver of an ordinary car.

The bus driver testified that he entered the left lane about fifteen hundred feet before the place where the accident occurred. The Court of Appeal properly noted that he failed to react immediately: at that time either respondent Lachance had already stopped or else he was reducing speed, since he had time to begin backing up.

As a further element of liability may be added the fact that the bus driver succeeded in stopping his vehicle only after travelling 327 feet on the median, and even then the bus was to the west of the car driven by respondent Lachance. At the time he left the paved portion of the highway the bus driver either had enough space to stop if he was going at the legal speed of fifty-five miles per hour, or he was going too fast and did not have control of his vehicle.

Lessard v. Paquin et al., [1975] 1 S.C.R. 665, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec reversing the judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

W. A. Grant, Q.C., for the appellant.

Alain Grégoire, for the respondents Guidolin.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—In its appeal, appellant asks this Court to restore the judgment at first instance which exonerated it of all liability for a traffic accident.

On the Sunday of July 2, 1967, about three o'clock in the afternoon, respondent and two of her daughters were travelling from Montreal to Quebec City, on the Trans Canada Highway, in one of appellant's buses. It was raining lightly, and the surface of the road was damp. At the place where the accident occurred, the Trans Canada is straight and has four lanes, two on each side of a

Sur la foi d'un des témoins majeurs (affirmant qu'imédiatement avant qu'il dévie vers la droite afin d'entrer en collision avec la voiture de l'intimé Lachance, il a vu dans son rétroviseur l'autobus sortir de la voie de droite à une distance de 300 à 500 pieds), la Cour d'appel a conclu avec raison que le chauffeur a eu tort de laisser la voie de droite au moment où il l'a fait. D'autant plus qu'à cause de son siège surélevé, il avait une meilleure vue de la route et de ses obstacles que celle du conducteur d'une automobile ordinaire.

Le chauffeur d'autobus rapporte avoir emprunté la voie de gauche environ 1500 pieds avant l'endroit de l'accident. La Cour d'appel souligne, à juste titre, qu'il a fait défaut de réagir immédiatement; à ce moment-là, l'intimé Lachance était déjà arrêté ou bien il réduisait sa vitesse puisqu'il a eu le temps d'esquisser un mouvement de recul.

On peut ajouter aussi comme élément de faute le fait que le chauffeur d'autobus n'ait pu immobiliser son véhicule qu'après avoir circulé sur une distance de 327 pieds sur le terre-plein et encore là, l'autobus était à l'ouest de l'automobile de l'intimée Lachance. Au moment où il a quitté la partie pavée de la route, ou bien le chauffeur d'autobus avait l'espace suffisant pour arrêter s'il allait à la vitesse légale de 55 milles à l'heure ou bien il circulait trop vite et n'avait pas le contrôle de son véhicule.

Distinction faite avec l'arrêt *Lessard c. Paquin et autres*, [1975] 1 R.C.S. 665.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a infirmé le jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

W. A. Grant, c.r., pour l'appelante.

Alain Grégoire, pour les intimés Guidolin.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Par son pourvoi, l'appelante nous invite à rétablir le jugement de première instance qui l'avait exonérée de toute responsabilité pour un accident de la route.

L'intimée et deux de ses filles voyageaient de Montréal à Québec, sur la transcanadienne dans un autobus de l'appelante, le dimanche, 2 juillet 1967, vers 15 heures. Il pleuvait légèrement et la surface de la route était humide. A l'endroit de l'accident, la transcanadienne est droite et formée de quatre voies, deux de chaque côté d'un large terre-plein gazonné. Près de Ste-Madeleine, à une

wide grass median. Near Ste-Madeleine, about twenty miles east of Montreal, the bus left the paved portion of the highway, travelled along the median, and finally turned over on its side. Respondent and one of her daughters were injured and the other was killed. More than twenty other persons were also injured more or less seriously, and this Court is asked to determine liability in this case as representative of the other cases.

Immediately before leaving the paved surface, the bus was travelling in the left lane, in a west-east direction, preparing to pass a line of vehicles travelling at about fifty miles per hour in the right lane. Appellant submits that the manoeuvre by its driver which was the basis of the action was forced upon him by the fault of respondent Lachance, who stopped his car in the left lane and even made some movement of backing up. This plea was accepted by the trial judge, who found Lachance solely responsible for the accident and condemned him to pay the compensation agreed between the two parties; these two points are no longer in issue. The only question is the liability of appellant, which was found by the Court of Appeal.

I do not believe it necessary to examine again in detail all the facts disclosed by the evidence. A large part of the testimony related to the identity of the driver who had stopped his car in the left lane. Lachance stated that he had himself stopped because some unknown person had done so before him. Moreover, all the other relevant parts of the evidence will be mentioned during the discussion of the arguments which the parties submitted to this Court.

Appellant's first argument is that the Court of Appeal committed an error of principle by intervening on a question of fact. It points out that the trial judge has the advantage, in considering the evidence, of having seen and heard the witnesses. The reply to this argument is found in part in the reasons of Montgomery J., speaking for the Court of Appeal:

The question that we have to decide is whether the bus company successfully rebutted the presumption of fact and law that it was responsible for this accident. In order to do so, it was obliged to show that its driver committed no fault, however slight. The findings of the

vingtaine de milles à l'est de Montréal, l'autobus quitta la partie pavée de la route pour circuler sur le terre-plein et finalement verser sur le côté. L'intimée et l'une de ses filles furent blessées et l'autre fut tuée. Plus de vingt autres personnes furent aussi blessées plus ou moins gravement et nous sommes appelés à déterminer la responsabilité dans une cause type.

Immédiatement avant de quitter la surface pavée, l'autobus circulait sur la voie de gauche, direction ouest-est, s'apprêtant à dépasser une ligne de véhicules circulant à environ 50 milles à l'heure sur la voie de droite. D'après l'appelante, la manoeuvre que les procédures reprochent à son chauffeur lui a été imposée par la faute de l'intimé Lachance qui immobilisa sa voiture sur la voie de gauche et y esquissa même un mouvement de recul. Ce plaidoyer fut accepté par le premier juge qui trouva Lachance seul responsable de l'accident et le condamna à payer l'indemnité convenue entre les deux parties; ces deux points ne sont plus en litige. L'unique question est la responsabilité de l'appelante, qui fut retenue par la Cour d'appel.

Je ne crois pas nécessaire de reprendre en détail l'étude de tous les faits révélés par la preuve. Une bonne partie des témoignages portait sur l'identité de l'automobiliste qui avait immobilisé sa voiture dans la voie de gauche, Lachance ayant affirmé qu'il s'était lui-même arrêté parce qu'un inconnu l'avait fait avant lui. Par ailleurs, toutes les autres parties pertinentes de la preuve seront mentionnées au cours de la discussion des propositions que nous ont soumises les parties.

La première proposition de l'appelante est que la Cour d'appel a commis une erreur de principe en intervenant dans une question de fait. Elle rappelle que le premier juge a dans l'appréciation de la preuve l'avantage d'avoir vu et entendu les témoins. La réponse à cette proposition se trouve en partie dans les motifs de M. le juge Montgomery parlant pour la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Nous devons décider si la compagnie d'autobus a réfuté la présomption de fait et de droit selon laquelle elle est responsable de cet accident. Pour ce faire, elle devait établir que son chauffeur n'a commis aucune erreur, si minime soit-elle. A cet égard, les

trial judge are favourable to it on this point, and, this being primarily a question of fact, our court hesitates to intervene.

The Court of Appeal, therefore, undertook the examination of the record with a proper understanding of its duty. Two other aspects should be noted:

- (a) the driver of the bus, Aubin, died before the trial, and his testimony may be found only in the record of an examination on discovery;
- (b) moreover, the Court of Appeal accepted all the facts in evidence, but drew different conclusions from those of the trial judge.

This is a case in which an appeal court has committed no error of principle by intervening on a question of fact: *Lessard v. Paquin et al.*¹

However, appellant goes on, there is a more serious matter. The Court of Appeal misread the evidence, and imposed on the bus driver a standard of conduct more stringent than that of the reasonable man of art. 1053 C.C. In appellant's submission, Montgomery J. was in error in writing:

It therefore seems that the bus-driver made an error in judgment in entering the left-hand lane at this moment. From his own testimony, it appears that when he first noticed Lachance's vehicle he paid no particular attention to it, thinking that it was about to turn to the left and so leave his way clear.

It is this argument of appellant which obliges me to say a few words on the evidence. As the Quebec courts noted, the principal testimony, apart from that of Aubin, was given by Mr. and Mrs. Gervais and Mrs. Tremblay. These three persons, accompanied by Mr. Tremblay who did not testify, were in a car also travelling toward Quebec City, in front of the bus, in the left lane. This car avoided hitting the Lachance car by swerving to the right. It must be noted that before swerving, Gervais did not put on his brakes, and he passed to the right of Lachance at a speed of at least fifty miles per hour. Where was the bus immediately before Gervais' manoeuvre? He stated that the bus then left the right lane, that he saw it

conclusions du juge de première instance lui sont favorables et puisqu'il s'agit essentiellement d'une question de fait, notre cour hésite à intervenir.

Ce n'est donc pas sans une juste appréciation de son devoir que la Cour d'appel a entrepris l'étude du dossier. Deux autres aspects sont à souligner:

- a) le chauffeur de l'autobus, Aubin, est mort avant le procès et son témoignage se retrouve seulement dans un interrogatoire au préalable;
- b) par ailleurs, la Cour d'appel a accepté la totalité des faits prouvés mais en a tiré des conclusions différentes de celles retenues par le premier juge.

Nous sommes devant un cas où une cour d'appel ne commet pas d'erreur de principe en intervenant sur une question de fait: *Lessard c. Paquin et autres.*¹

Mais, poursuit l'appelante, il y a plus grave. La Cour d'appel a mal lu la preuve et a imposé au chauffeur de l'autobus un critère de conduite plus exigeant que celui de l'homme raisonnable de l'art. 1053 C.c. D'après l'appelante, M. le juge Montgomery aurait été dans l'erreur en écrivant:

[TRADUCTION] Il appert donc que le chauffeur de l'autobus a commis une erreur de jugement en empruntant la voie de gauche à ce moment. D'après son propre témoignage, il semble n'avoir accordé aucune importance particulière à la voiture de Lachance lorsqu'il l'a aperçue pour la première fois, croyant qu'elle s'apprêtait à tourner à gauche et à laisser la voie libre.

C'est cette proposition de l'appelante qui m'oblige à dire quelques mots de la preuve. Comme l'ont souligné les tribunaux du Québec, les témoignages majeurs, outre celui de Aubin, ont été donnés par M. et M^{me} Gervais et M^{me} Tremblay. Ces trois personnes, accompagnées de M. Tremblay qui n'a pas témoigné, occupaient une automobile voyageant aussi vers Québec, en avant de l'autobus, dans la voie de gauche. Cette automobile a évité de frapper la voiture Lachance en déviant vers la droite. Il faut noter qu'avant cette déviation, Gervais n'appliqua pas ses freins et qu'il passa à droite de Lachance à une vitesse d'au moins 50 milles à l'heure. Où était l'autobus immédiatement avant cette manoeuvre de Gervais?

¹ [1975] 1 S.C.R. 665.

¹ [1975] 1 R.C.S. 665.

in his rear-view mirror, at a distance which is difficult to estimate, but which was from three hundred to five hundred feet. On the basis of these figures, the finding of the Court of Appeal that the driver was wrong to leave the right line at the time he did seems to me to be unassailable. This is even more apparent from Aubin's own testimony that his raised seat gave him a much better view of the road and its hazards than that of the driver of an ordinary car.

We must also refer to Aubin's testimony that he entered the left lane about fifteen hundred feet before the place where the accident occurred. At that time, either Lachance had already stopped, or he was reducing speed, since he was able to reverse, for however short a distance, before the accident. In either case, Aubin should have reacted immediately, which he did not do, as the Court of Appeal properly noted.

It is possible to add another element of liability to those found by the Court of Appeal. The reports made by the Provincial Police officers determined that the bus covered at least 327 feet on the median before stopping. Moreover, the evidence revealed that when it stopped, the bus was still to the west of the Lachance car, the exact distance not having been determined. The fact remains that at the time he left the pavement, Aubin either had enough space to stop if he was going at the legal speed of fifty-five miles per hour, considering the damp condition of the surface (*Highway Code*, s. 50(1)), or he was going too fast and did not have control of his vehicle.

One final word: appellant relied heavily on the decision of this Court in *Lessard v. Paquin*, cited above, and submitted that the facts of the case at bar are at least as favourable to it as those on which *Lessard* relied before this Court. I shall simply say that I do not share this opinion, as the facts in *Lessard* seem to me to be essentially different from those submitted to us in the case at bar.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Celui-ci affirme que l'autobus sortait alors de la voie de droite, qu'il l'a vu dans son rétroviseur, à une distance difficile à évaluer, mais qui était de 300 à 500 pieds. Sur la foi de ces chiffres, la conclusion de la Cour d'appel que le chauffeur a eu tort de laisser la voie de droite au moment où il l'a fait me semble inattaquable. D'autant plus que suivant le propre témoignage de Aubin, son siège surelevé lui donnait une bien meilleure vue de la route et de ses obstacles que celle du conducteur d'une automobile ordinaire.

Il faut aussi citer le témoignage de Aubin qui rapporte avoir emprunté la voie de gauche environ 1500 pieds avant l'endroit de l'accident. A ce moment-là, ou bien Lachance était déjà arrêté ou bien il était en train de réduire sa vitesse puisqu'il a pu reculer, si peu soit-il, avant l'accident. Dans l'un et l'autre cas, Aubin aurait dû réagir immédiatement, ce qu'il n'a pas fait comme le souligne, à juste titre, la Cour d'appel.

Aux éléments de faute retenus par la Cour d'appel, il est possible d'en ajouter un autre. Les relevés faits par les agents de la Sûreté Provinciale établissent que l'autobus a couvert au moins 327 pieds sur le terre-plein avant de s'immobiliser. Par ailleurs, la preuve révèle qu'ainsi immobilisé, l'autobus était encore à l'ouest de la voiture Lachance, la distance exacte n'étant pas établie. Il reste qu'au moment où il a quitté le pavage, ou bien Aubin avait l'espace suffisant pour arrêter s'il allait à la vitesse légale de 55 milles à l'heure vu l'état humide de la surface (*Code de la Route*, art. 50, par. 1)), ou bien il allait trop vite et n'avait pas le contrôle de son véhicule.

Un dernier mot. L'appelante a abondamment invoqué notre arrêt *Lessard c. Paquin* précité et nous a soumis que les faits dans la présente affaire lui sont au moins aussi favorables que ceux sur lesquels *Lessard* s'est appuyé devant nous. Je dirai tout simplement que je ne partage pas cette vue, les faits dans l'arrêt *Lessard* me semblant essentiellement différents de ceux qui nous sont soumis en la présente espèce.

Je rejeterais donc le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellant: Ogilvy, Cope, Porteous, Montgomery, Renault, Clarke & Kirkpatrick, Montreal.

Solicitors for the respondents Guidolin: Vermette, Ryan, Dunton & Ciaccia, Montreal.

Solicitors for the respondent Lachance: Nantel, Mercure & Poliquin, Montreal.

Procureurs de l'appelante: Ogilvy, Cope, Porteous, Montgomery, Renault, Clarke & Kirkpatrick, Montréal.

Procureurs des intimés Guidolin: Vermette, Ryan, Dunton & Ciaccia, Montréal.

Procureur de l'intimé Lachance: Nantel, Mercure & Poliquin, Montréal.

Place Versailles Inc. and La Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence
Appellants;

and

Minister of Justice of the Province of Québec *Respondent.*

1976: March 19; 1976: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Expropriation — Reconveyance — Second and third expropriations — Commercial development after first expropriation ensured — Failure to adjust on a corresponding basis — Civil Code, arts. 1478, 2098 — Code of Civil Procedure, art. 797 (old version).

In January 1962, the appellant Community concluded a promise of sale of nearly three million square feet of land for \$2,000,000 to Place Versailles Inc. (then known as Lanabar Realty Inc.).

A few months later, the Minister of Roads deposited in the registry office a plan of expropriation which made him the owner of an area of 513,115 square feet included in what the Community had sold to Place Versailles, by accepting the promise of sale with an initial payment of \$100,000.

On August 6 of the same year, appellants signed a notarial deed of sale (registered on August 9, 1962) in which it was stipulated that an expropriated strip would be excluded from the sale; it was also agreed therein that the indemnity to be paid by the expropriating party would be given and paid by the vendor Community to the purchaser company as a reduction of the sale price, the latter reserving the right to dispute the indemnity offered by the Government.

During the same month, Place Versailles began construction of a shopping centre on the land purchased from the Community. In April 1963, the land was annexed by the City of Montreal on conditions which ensured the development of the shopping centre then under construction.

On July 11, 1963, the Minister of Roads reconveyed to the Community part of the land expropriated but, on the other hand, expropriated part of Place Versailles'

Place Versailles Inc. et la Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence
Appelantes;

et

Le ministre de la Justice de la province de Québec *Intimé.*

1976: le 19 mars; 1976: le 5 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Expropriation — Rétrocession — Deuxième et troisième expropriations — Certitude acquise de développement commercial après la première expropriation — Omission d'ajuster sur base correspondante — Code civil, art. 1478, 2098 — Code de procédure civile, art. 797 (ancien).

La Communauté appelante avait consenti en janvier 1962 une promesse de vente au prix de \$2,000,000 à Place Versailles Inc. (alors connue sous le nom de Lanabar Realty Inc.), pour près de trois millions de pieds carrés de terrain.

Quelques mois après, le ministre de la Voirie déposait au bureau d'enregistrement un plan d'expropriation qui le rendait propriétaire d'une étendue de 513,115 pieds carrés, faisant partie de ce que la Communauté avait ainsi vendu à Place Versailles en acceptant la promesse de vente accompagnée d'un premier versement de \$100,000.

Le 6 août de la même année, les appelantes signèrent un acte d'achat notarié (enregistré le 9 août 1962) où il est stipulé que sera distraite de la vente la lisière de terrain expropriée; il y était entendu aussi que l'indemnité à être payée par l'expropriant serait remise et payée par la Communauté vendeuse à la compagnie acquéreur en réduction du prix de vente, cette dernière se réservant le droit de contester l'indemnité offerte par le Gouvernement.

Durant le même mois, Place Versailles entreprit la construction d'un centre commercial sur le terrain acheté de la Communauté. En avril 1963, la Ville de Montréal annexait ce territoire à des conditions qui assuraient le développement du centre commercial en voie de réalisation.

Le 11 juillet 1963, le ministre de la Voirie rétrocédait à la Communauté une partie du terrain exproprié mais par contre, expropriait une partie du terrain de Place

land. Finally, on May 26, 1965, the Minister again expropriated part of what he had reconveyed to the Community in 1963.

On February 25, 1966, a Superior Court judgment granted a motion in which Place Versailles requested that the record be referred to the Public Service Board for the amount of the indemnity to be determined. In this motion, Place Versailles described itself as the expropriated party. Following a preliminary exception filed by the expropriating party, the Board made an order ruling that Place Versailles had an interest only in the indemnity for the expropriation of July 11, 1963. Following this decision, the Community filed a motion to the Board that the indemnity due as a result of the expropriations be fixed. By means of an intervention made in the name of Lanabar Realty Inc., the appellant company requested from the Board that the indemnity to the Community be determined by taking into account "the fact that the commercial potential of these properties was materialized by the development of a shopping centre."

Following the hearing, the Board held that the properties of the Community should be valued as undeveloped land at \$0.95 per square foot and those of Place Versailles as commercial land at \$3 per square foot. To this the Board added an increase in value of ten per cent a year, thus fixing the indemnity awarded to the Community at \$432,727 and to Place Versailles at \$235,917.

The Community and Place Versailles appealed and requested that all the expropriated properties in question be valued as commercial land. While agreeing with the Board's decision concerning the first expropriation, the Court of Appeal disagreed concerning the third expropriation and the total indemnity awarded to the Community was increased to \$627,200.

Appellants appeal to this Court to have the indemnity for the first expropriation of May 30, 1962 also fixed on the basis of \$3 a square foot.

Held: The appeal should be dismissed.

The Court of Appeal was correct in holding that to fix the value for purposes of the third expropriation, it mattered little whether the expropriated party was the Community or Place Versailles. Even if the Community was the owner, that would in no way change the value, which in this case was the market value. There is no question here of special value for the owner.

To fix the indemnity for the first expropriation, the Board seems to have made an inquiry only into the price the Community could have obtained on the market on

Versailles. Enfin, le 26 mai 1965, le ministre exproprie de nouveau une partie de ce qu'il avait rétrocédé à la Communauté en 1963.

Le 25 février 1966, par jugement de la Cour supérieure, est accordée une requête par laquelle Place Versailles demandait que le dossier soit déféré à la Régie des Services publics pour déterminer le montant de l'indemnité; elle s'y désignait comme l'expropriée. Sur une exception préliminaire de l'expropriant, la Régie rend une ordonnance statuant que Place Versailles n'est intéressée dans l'indemnité que pour l'expropriation du 11 juillet 1963. A la suite de cette décision, la Communauté présente une requête à la Régie pour la fixation des indemnités relatives aux terrains expropriés contre elle. Par intervention, faite au nom de Lanabar Realty Inc., la compagnie appelante demande à la Régie que l'indemnité payable à la Communauté soit déterminée en tenant compte du fait que le potentiel commercial de ces terrains s'est matérialisé par le développement d'un centre commercial.

Après audition, la Régie conclut que les terrains de la Communauté doivent être évalués comme du terrain en vrac, valant \$0.95 le pied carré et les terrains de Place Versailles Inc. comme des terrains à caractère commercial, avec une valeur de \$3 le pied carré. A cela la Régie a ajouté 10 pour cent par année, fixant à \$432,727 l'indemnité payable à la Communauté et à \$235,917 celle payable à Place Versaille Inc.

La Communauté et Place Versailles ont interjeté appel pour demander que tous les terrains expropriés en l'espèce soient évalués comme terrains commerciaux. Tout en approuvant la décision de la Régie quant à la première expropriation, la Cour d'appel diffère d'opinion relativement à la troisième expropriation et porte l'indemnité globale attribuable à la Communauté à \$627,200.

Les appelantes demandent maintenant à cette Cour que l'indemnité pour première expropriation du 30 mai 1962 soit également fixée sur la base de \$3 le pied carré.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

La Cour d'appel a eu raison, en fixant la valeur aux fins de la troisième expropriation, de statuer qu'il importe peu que l'exproprié soit la Communauté ou Place Versailles. Même si c'était la Communauté qui était propriétaire, cela ne changeait rien à la valeur qui, en l'occurrence, était la valeur marchande; il n'est pas question ici de valeur spéciale pour le propriétaire.

Pour fixer l'indemnité de la première expropriation, la Régie paraît avoir uniquement recherché quel prix la Communauté aurait pu obtenir sur le marché le jour où

the day when this first expropriation was made, and excluded any consideration of the unregistered deed. The whole of the land was valued as being located in a residential zone, except for a commercial frontage 150 feet deep. However, there was in fact an opportunity for commercial development.

Regarding the first expropriation, an important consideration is the fact that Place Versailles had agreed to pay \$0.70 per square foot a few months earlier. Between the purchase by Place Versailles and the first expropriation, nothing occurred which could be considered as likely to cause a dramatic change in the value. Even if the difference of \$0.25 per square foot between the price paid by Place Versailles and the value assigned by the Board were regarded as insufficient, it should be considered that the Board was far too generous to the expropriated party in setting the value of the land reconveyed to the Community on July 11, 1963 at \$1.045 per square foot, while it valued the land expropriated from Place Versailles on the same day at \$3.30 per square foot.

The Court of Appeal fixed the indemnity for the third expropriation at the actual value, but it thereby granted an important advantage to appellants by omitting to adjust the deduction for the reconveyed land on a corresponding basis. For the 142,216 square feet reconveyed, this makes a difference of over \$320,000. If it is considered that the land reconveyed on July 11, 1963 had the same value as the land expropriated on that day, this means that for the area which was the subject of the first expropriation, the indemnity in effect represents about \$1.57 per square foot. This appears to take sufficiently into account the possibility of commercial development at the time of the first expropriation, and there is no reason to intervene.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec,¹ varying a judgment of the Superior Court homologating an order of the Public Service Board. Appeal dismissed.

Pierre Pinard, for the appellants.

Emile Colas, Q.C., for the respondent.

The Judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—The purpose of this appeal is a further increase of the expropriation indemnity awarded by the Public Service Board and increased by the Court of Appeal.

¹ [1974] C.A. 175.

cette première expropriation a été faite, en excluant complètement toute considération de l'acte non enregistré. L'ensemble du terrain a été évalué comme situé dans une zone résidentielle, sauf un front commercial de 150 pieds de profondeur. Cependant, il y avait en réalité une possibilité de développement commercial.

Pour les fins de la première expropriation, il faut tenir compte du fait que Place Versailles avait accepté de payer \$0.70 le pied carré, quelques mois avant cette première expropriation. Or, entre l'achat par Place Versailles et la première expropriation, il n'est rien survenu que l'on puisse considérer comme ayant pu provoquer un changement dramatique de la valeur. Et si l'on trouve insuffisant l'écart de \$0.25 le pied carré entre le prix payé par Place Versailles et la valeur allouée par la Régie, il faut alors tenir compte du fait que celle-ci s'est montrée trop généreuse envers l'expropriée en évaluant à \$1.045 le pied carré le terrain rétrocédé à la Communauté le 11 juillet 1963, alors qu'elle évaluait à \$3.30 le pied carré le terrain de Place Versailles exproprié le même jour.

La Cour d'appel a fixé à la valeur réelle l'indemnité pour la troisième expropriation; mais, en omettant d'ajuster sur une base correspondante la déduction pour le terrain rétrocédé, elle s'est trouvée à accorder aux appelantes un avantage important. Pour 142,216 pieds carrés rétrocédés, cela représente une différence de plus de \$320,000. Si l'on considère que le terrain rétrocédé le 11 juillet 1963 valait le même prix que le terrain exproprié le même jour, cela veut dire que pour la superficie ayant fait l'objet de la première expropriation, l'indemnité représente environ \$1.57 le pied carré. Cela paraît tenir compte suffisamment de la possibilité de développement commercial lors de cette première expropriation et il n'y a pas lieu d'intervenir.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ modifiant un jugement de la Cour supérieure en homologation d'une ordonnance de la Régie des services publics. Pourvoi rejeté.

Pierre Pinard, pour les appelantes.

Emile Colas, c.r., pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Le pourvoi vise à faire augmenter davantage l'indemnité d'expropriation accordée par la Régie des Services publics et haussée par la Cour d'appel.

¹ [1974] C.A. 175.

The case began in very special circumstances and the proceedings developed in an unusual way, as we shall see.

La Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence ("the Community") for a long time owned a large institution in the east of Montreal Island, which with the extensive adjacent property formed a distinct municipality known as St-Jean-de-Dieu, west of the so-called Montée St-Léonard highway. In 1961, the provincial government began construction of the Louis-Hippolyte Lafontaine tunnel across the river from that highway. These works were part of the Trans-Canada Highway, and involved the widening of Montée St-Léonard and its transformation into an expressway, with the necessary construction as far as Metropolitan Boulevard.

In February 1961 Place Versailles Inc., then known as Lanabar Realty Inc., approached the Community with a view to purchasing nearly three million square feet of land north of Sherbrooke Street and west of Montée St-Léonard. It had in view the construction of a shopping centre at this important intersection. The Community proposed a price of \$2,500,000. On January 22, 1962, Place Versailles made a written offer of \$2,000,000, which was accepted the next day. It stipulated that the promise of sale would not be registered, and that if it was it would thereby become void.

On May 30, 1962, the Minister of Roads deposited in the registry office a plan of expropriation which made him the owner of an area of 513,115 square feet included in what the Community had sold to Place Versailles, by accepting the promise of sale on January 23 with an initial payment of \$100,000.

On August 6, 1962, Place Versailles signed a notarial deed of sale with the Community (registered on August 9, 1962) in which the following clauses appear:

[TRANSLATION] However, a strip expropriated by the Government of Quebec for repairing or constructing the Trans-Canada Highway, as described in a plan

L'affaire a débuté dans des circonstances tout à fait spéciales et la procédure s'est déroulée de façon inusitée, comme on va le voir.

La Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence («la Communauté») possède depuis longtemps dans l'est de l'Île de Montréal une importante institution qui, avec le vaste terrain adjacent, formait une municipalité distincte connue sous le nom de St-Jean de Dieu à l'ouest d'une route dite Montée St-Léonard. En 1961, le Gouvernement provincial a entrepris de construire à travers le fleuve en face de cette route-là, le tunnel Louis-Hippolyte Lafontaine. Ces travaux faisaient partie de la route transcanadienne et impliquaient l'élargissement de la Montée St-Léonard et sa transformation en autoroute avec des aménagements appropriés jusqu'au Boulevard Métropolitain.

A partir de février 1961 Place Versailles Inc., alors connue sous le nom de Lanabar Realty Inc., fit des démarches auprès de la Communauté en vue d'acheter près de trois millions de pieds carrés de terrain au nord de la rue Sherbrooke et à l'ouest de la Montée St-Léonard. Elle avait en vue l'aménagement d'un centre commercial à cette importante intersection. La Communauté proposa un prix de \$2,500,000. Le 22 janvier 1962, Place Versailles fit une offre écrite de \$2,000,000 qui fut acceptée le lendemain. Il y était stipulé que cette promesse de vente ne serait pas enregistrée et que si elle l'était, elle deviendrait nulle par le fait même.

Le 30 mai 1962, le ministre de la Voirie déposait au bureau d'enregistrement un plan d'expropriation qui le rendait propriétaire d'une étendue de 513,115 pieds carrés faisant partie de ce que la Communauté avait ainsi vendu à Place Versailles en acceptant, le 23 janvier, la promesse de vente accompagnée d'un premier versement de \$100,000.

Le 6 août 1962, Place Versailles signa avec la Communauté un acte d'achat notarié (enregistré le 9 août 1962), où l'on trouve les clauses suivantes:

A distraire cependant de la terre ci-dessus décrite une lisière de terrain expropriée par le Gouvernement de la province de Québec pour la réfection ou construction de

deposited and registered in the Montreal registry office May 30 last (1962), under No 1603054, shall be excluded from the property above described;

It is agreed by the parties that the purchaser company shall take possession immediately of that part of the land sold which was not expropriated, in its present state and condition, declaring that it has seen and examined it and is content and satisfied therewith.

However, it is also agreed that the indemnity to be paid by the Government for the expropriated part shall be given and paid by the vendor Community to the purchaser company as a reduction of the sale price hereinafter stipulated, and that the purchaser company shall have the right to dispute the indemnity offered by the Government if it considers such indemnity insufficient, the vendor Community promising to support such dispute as required, but without incurring any expense. It is agreed by the parties that the right of ownership in the immovables hereby sold dates from January 23 last (1962), the date when the offer to purchase the said immovables was accepted by the vendor, and the purchaser has since that date (January 23, 1962) had effective possession and control of the said immovables.

In August 1962, Place Versailles began construction of a shopping centre on the land purchased from the Community.

On July 11, 1963, the Minister of Roads reconveyed to the Community part of the land expropriated the year before. This reconveyance concerned an area of 142,216 square feet fronting on Sherbrooke Street. On the same day, on the other hand, the Minister expropriated part of Place Versailles' land, an area of 73,241 square feet forming a long triangular piece along the strip expropriated to widen Montée St-Léonard.

Finally, on May 26, 1965, the Minister again expropriated part of what he had reconveyed to the Community in 1963 and so took back an area of 69,226 square feet.

On February 11, 1966, Place Versailles (under the name Lanabar Realty, which was no longer its name since October 2, 1963) made a motion in the Superior Court, alleging the three expropriations of May 30, 1962, July 11, 1963, and May 26,

la route Transcanadienne, telle que décrite sur un plan déposé et enregistré au bureau d'enregistrement de Montréal le trente mai dernier (1962) sous numéro 1603054;

Il est entendu entre les parties que la compagnie acquéreur prend possession immédiatement de la partie vendue non expropriée, dans son état actuel et dans sa présente condition, déclarant l'avoir vue et examinée et en être contente et satisfaite.

Mais il est aussi bien entendu que l'indemnité à être payée par le Gouvernement pour la partie expropriée sera remise et payée par le Communauté venderesse à la compagnie acquéreur en réduction du prix de vente ci-après stipulé; et que la compagnie acquéreur aura le droit de contester l'indemnité offerte par le Gouvernement si elle juge cette indemnité insuffisante; la Communauté venderesse promettant d'appuyer au besoin telle contestation, mais sans encourir aucun frais. Il est entendu entre les parties que le droit de propriété des immeubles présentement vendus remonte à la date du vingt-trois janvier dernier (1962), date à laquelle la promesse de vente des dits immeubles a été acceptée par la venderesse; et l'acquéreur à partir de cette date (23 janvier 1962) a eu en fait la possession et contrôle des dits immeubles.

Au mois d'août 1962, Place Versailles entreprit la construction d'un centre commercial sur le terrain acheté de la Communauté.

Le 11 juillet 1963, le ministre de la Voirie rétrocéda à la Communauté une partie du terrain exproprié l'année précédente. Cette rétrocession vise une superficie de 142,216 pieds carrés adjoignant la rue Sherbrooke. Le même jour, par contre, le ministre exproprie une partie du terrain de Place Versailles, soit une superficie de 73,241 pieds carrés formant une longue bande triangulaire le long de la lisière expropriée pour élargir la Montée St-Léonard.

Enfin le 26 mai 1965, le ministre exproprie de nouveau une partie de ce qu'il avait rétrocédé à la Communauté en 1963 et reprend ainsi une étendue de 69,226 pieds carrés.

Le 11 février 1966, Place Versailles (désignée sous le nom de Lanabar Realty Inc. qui n'était plus le sien depuis le 2 octobre 1963), fait une requête à la Cour supérieure alléguant les trois expropriations du 30 mai 1962, 11 juillet 1963 et

1965. In this motion, served on the Minister of Justice and the Minister of Roads, it described itself as the expropriated party and stated that it had not contested the right to expropriate, but that there had been no agreement as to the indemnity. Accordingly, it requested that the record be referred to the Public Service Board for the amount of the indemnity to be determined. This motion was granted by a judgment of the Superior Court on February 25, 1966.

Before the Board, respondent made, on November 7, 1966, a motion entitled "Preliminary exception in the nature of a defence", in which he argued that [TRANSLATION] "the action may be sustained only as regards the expropriation of July 11, 1963", and that for the other two, only the Community "had the capacity to dispute at law the amount of the indemnities . . .". On October 27, 1967, the Board made an order declaring the preliminary exception valid and ruling that only the second expropriation mentioned in the Superior Court judgment could be the subject of arbitration by the Board.

In the order of the Board fixing the indemnities, handed down on February 22, 1971, it is stated following a reference to that decision:

[TRANSLATION] By its motion in the record as No 20-4924-X, the Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence, applicant-expropriated party, requested that the indemnity due as a result of the expropriations be fixed.

This motion is neither in the printed case nor in the original record sent to the Registrar. However, there is a document dated September 20, 1970 entitled "Intervention", in which the facts related above, including the motion by the Community, are set out. The conclusions of this proceeding, made in the name of Lanabar Realty Inc., are as follows:

[TRANSLATION] TO ALLOW this intervention for all legal purposes, and to take into account, in fixing the indemnity due for the expropriations of May 30, 1962 and May 26, 1965 affecting lots 332, 335, 335A and 336, the fact that the commercial potential of these properties was materialized by the development of a shopping centre.

26 mai 1965. Dans cette requête signifiée au ministre de la Justice et au ministre de la Voirie, elle se désigne comme l'expropriée et déclare qu'elle n'a pas contesté le droit d'expropriation mais qu'il n'y a pas eu d'entente sur l'indemnité. En conséquence, elle demande que le dossier soit référé à la Régie des Services publics pour déterminer le montant de l'indemnité. Cette requête a été accordée par jugement de la Cour supérieure le 25 février 1966.

Devant la Régie l'intimé fait, le 7 novembre 1966, une procédure intitulée «Exception préliminaire de la nature d'une défense» où il soutient que «l'action n'est recevable que pour l'expropriation du 11 juillet 1963» et que pour les deux autres, seule la Communauté «a qualité pour discuter en justice le montant des indemnités . . .». Le 27 octobre 1967, la Régie rend une ordonnance déclarant bien fondée l'exception préliminaire et statuant que seule la deuxième expropriation mentionnée au jugement de la Cour supérieure doit faire l'objet de l'arbitrage de la Régie.

A la suite de la mention de cette décision dans l'ordonnance de la Régie fixant les indemnités rendue le 22 février 1971, on lit:

Par sa requête dans le dossier portant le numéro 20-4924-X, la Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence, requérante-expropriée, a demandé que soit fixée l'indemnité due à la suite des expropriations.

Cette requête ne se trouve ni dans le dossier imprimé ni dans le dossier original transmis au Registraire. On trouve cependant un document du 20 septembre 1970 intitulé «Intervention» où les faits ci-dessus relatés, y compris la requête de la Communauté, sont exposés. Les conclusions de cette procédure faite au nom de Lanabar Realty Inc. sont comme suit:

ACCUEILLIR la présente intervention à toutes fins que de droit et tenir compte dans la fixation de l'indemnité à la suite des expropriations du 30 mai 1962 et du 26 mai 1965 affectant les lots nos 332, 335, 335A et 336 du fait que le potentiel commercial de ces terrains s'est matérialisé par le développement d'un centre commercial;

The Board does not appear to have ruled on this proceeding other than to the extent that it may have taken it into account in its order fixing the indemnity. Meanwhile, before the hearing, Place Versailles had given notices designating it by the name which was its proper name since October 2, 1963.

The order of the Board fixing the indemnities deals with the first and third expropriations first. The essential part reads:

[TRANSLATION] . . . At the time of the first expropriation, May 30, 1962, the land in question belonged to the Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence. On January 22, 1962, there was an offer to purchase which included the expropriated land, made by Lanabar Realty Inc., and this was accepted by the Community. However, this offer was not registered, in accordance with one of its clauses which stipulated that it must not be registered, under pain of nullity. As a result, this promise to purchase was a private writing which could not be invoked against third parties (art. 2098 C.C.).

The deed of sale giving effect to this promise was only made on August 6, 1962. On May 30, 1962, therefore, the date the first expropriation was effected, the owner of the expropriated land was the Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence. The reconveyance of July 11, 1963 of part of the land was also made to the Community, and the expropriation on May 26, 1965 of part of the land reconveyed also affected property of the Sisters. With respect to the expropriation of July 11, 1963, it affected part of the property of Lanabar Realty Inc., now Place Versailles Inc.

At that time, the property of the Sisters was located in the municipality of St-Jean-de-Dieu. There were none of the municipal services necessary for a development in this municipality, nor was there a zoning plan. The Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence, a non-profit corporation, could not speculate or engage in commercial activity such as the promotion and sale of subdivided properties. It had the power to sell property, but the purchaser was responsible for subdividing it itself and for applying for annexation of the area by a neighbouring municipality in order to obtain municipal services.

From the preceding, it appears that the Community could only sell land undeveloped, which is what was done in the deed of sale of August 6, 1962.

Great importance was attached to the fact that the land was not zoned, which gave it a special value since

Il ne semble pas que la Régie ait adjugé sur cette procédure autrement que dans la mesure où elle a pu en tenir compte par son ordonnance fixant l'indemnité. Avant l'audition cependant, Place Versailles avait produit des avis destinés à la désigner sous le nom qui était le sien depuis le 2 octobre 1963.

L'ordonnance de la Régie fixant les indemnités traite d'abord de la première et de la troisième expropriations. En voici l'essentiel:

. . . Au moment de la première expropriation, le 30 mai 1962, le terrain en question appartenait à la Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence. Il y avait bien eu, le 22 janvier 1962, une offre d'achat, incluant le terrain exproprié, par Lanabar Realty Inc. et acceptée par la Communauté. Cependant, cette offre n'a pas été enregistrée conformément à l'une de ses clauses qui stipule qu'elle ne doit pas l'être sous peine de nullité. En conséquence, cette promesse d'achat constituait un écrit sous seing privé qui ne pouvait être apposé au tiers (art. 2098 C.c.).

L'acte de vente confirmant cette promesse n'est intervenu que le 6 août 1962. Le 30 mai 1962, date du premier dépôt d'expropriation, la propriétaire du terrain exproprié était donc la Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence. La rétrocession, le 11 juillet 1963, d'une partie du terrain a également été faite à la Communauté et l'expropriation du 26 mai 1965 d'une partie du terrain ainsi rétrocédé concernait également la propriété des Sœurs. Quant à l'expropriation du 11 juillet 1963, elle affecta une partie de la propriété de Lanabar Realty Inc. devenue Place Versailles Inc.

A l'époque, la propriété des Sœurs était située dans la municipalité de St-Jean-de-Dieu. Il n'y avait dans cette municipalité aucun des services municipaux nécessaires à un développement. Il n'y existait pas non plus de plan de zonage. La Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence, corporation à but non lucratif, ne pouvait spéculer ni exercer une activité commerciale comme la promotion et la vente de terrains subdivisés. Elle avait le pouvoir de vendre du terrain, mais l'acquéreur avait les charges d'en effectuer lui-même la subdivision et de demander l'annexion du territoire par une municipalité voisine afin d'obtenir les services municipaux.

De ce qui précède, il découle que la Communauté ne pouvait vendre que du terrain en vrac, ce qu'elle a d'ailleurs fait dans l'acte de vente du 6 août 1962.

On a attaché beaucoup d'importance au fait que le terrain n'était pas zoné, ce qui lui conférait une valeur

one could use it as one chose. It must, however, be remembered that any eventual purchaser, before being able to use it for commercial purposes, first had to arrange annexation by a neighbouring municipality, which would apply the zoning of its choice to the land. This is what Place Versailles Inc. wanted to avoid when it required that the promise to purchase not be registered. It thus proposed to begin development of its shopping centre in order to present the municipality which consented to the annexation with a *fait accompli*. This is in fact what happened when the city of Montreal annexed the territory by Bill 100, assented to on April 24, 1963, which recognized the vested rights of the owners of the land in question. Had it not been for these particular circumstances, there is every reason to presume that the city of Montreal would have applied the same zoning as existed all along Sherbrooke Street to the land, that of a commercial strip 150 feet deep fronting on Sherbrooke Street with the balance in a residential zone.

The land expropriated in 1962 as well as that reconveyed in 1963, and the part re-expropriated in 1965 should therefore be appraised as undeveloped land, because that is the only value it could have to the expropriated party. The expert witness Bodet is the only one who considered the problem from this angle.

After analysing the evidence of the expert witness Bodet, the Board concluded:

A thorough analysis of these transactions suggests a value of about \$0.95 per square foot for the undeveloped value of the land, for the part with a 150-foot commercial frontage on Sherbrooke Street and a considerable area behind located in a residential zone. This then is the value which the Board fixes for the land expropriated from the Sisters on May 30, 1962.

As the evidence shows, because of the increased value brought about by the opening of the Trans-Canada Highway in the area, the annual increase in the value of the land, for the period which concerns us, should be fixed at ten per cent. We shall first determine the indemnity due to the Communauté des Sœurs as a result of the 1962 expropriation, the 1963 reconveyance, and the 1965 expropriation.

In accordance with the principles thus laid down, the Board fixed the indemnity due to the Community for the first expropriation less the reconveyance, plus the third expropriation, as follows:

spéciale puisqu'on pouvait l'utiliser à sa guise. Il faut cependant tenir compte que tout acheteur éventuel, avant de pouvoir l'utiliser commercialement, devait au préalable obtenir l'annexion par une municipalité voisine, laquelle appliquerait alors audit terrain le zonage de son choix. C'est ce que la compagnie Place Versailles Inc. voulait éviter lorsqu'elle exigea que la promesse d'achat ne soit pas enregistrée. Elle se proposait ainsi de commencer le développement de son centre d'achat afin de placer la municipalité, qui consentirait à l'annexion, devant un fait accompli. C'est en fait ce qui arriva lorsque la ville de Montréal annexa le territoire par le Bill 100, sanctionné le 24 avril 1963, qui reconnaît les droits acquis des propriétaires du terrain en question. N'eût été ces conditions particulières, il y a tout lieu de présumer que la ville de Montréal aurait appliqué audit terrain le même zonage qui existait tout le long de la rue Sherbrooke, savoir une bande commerciale de 150 pieds de profondeur en front de ladite rue Sherbrooke et le reste dans une zone résidentielle.

Le terrain exproprié en 1962 de même que celui rétrocédé en 1963 et la partie réexpropriée en 1965 doivent donc être évalués comme du terrain en vrac, parce que c'était la seule valeur qu'ils pouvaient avoir pour l'expropriée. L'expert Bodet est le seul qui a envisagé le problème sous cet angle.

Après avoir analysé la preuve de l'expert Bodet, la Régie conclut:

Une analyse approfondie de ces transactions fournit une indication de valeur se situant à environ 0.95¢ le pied carré pour la valeur en vrac du terrain du secteur ayant un front commercial de 150 pieds de profondeur sur la rue Sherbrooke et une superficie appréciable à l'arrière et situé dans une zone résidentielle. C'est donc là la valeur que la Régie fixe pour le terrain des Sœurs exproprié le 30 mai 1962.

Tel que la preuve le révèle, à cause de la plus-value apportée par l'ouverture de la route Transcanadienne dans le secteur, la majoration annuelle dans la valeur des terrains, pour la période qui nous concerne, doit être fixée à 10%. Nous établirons d'abord l'indemnité due à la Communauté des Sœurs à la suite de l'expropriation de 1962, de la rétrocession de 1963 et enfin de l'expropriation de 1965.

En fonction des principes ainsi énoncés, la Régie en est venue à fixer l'indemnité due à la Communauté pour la première expropriation moins la rétrocession, plus la troisième expropriation, comme suit:

<u>Expropriation of May 30, 1962:</u>		
513,115 square feet at \$0.95	\$487,459.25	
Damage to the residue	\$ 14,321.25	\$501,780.50
<u>Less the reconveyance of July 11, 1963</u>		
142,216 square feet at \$1.045	\$148,615.72	
+ damage to the residue of 1962	\$ 14,321.25	
- damage to the residue of 1963	\$ 3,762.00	\$159,174.97
		\$342,605.53
<u>Plus the expropriation of May 26, 1965</u>		
69,256 square feet at \$1.235	\$ 85,531.16	
- damage to the residue of 1963	\$ 3,762.00	
+ damage to the residue of 1965	\$ 8,352.93	\$ 90,122.09
		\$432,727.62

<u>Expropriation du 30 mai 1962:</u>		
513,115 pieds carrés à 0.95¢	\$487,459.25	
Dommages au résidu	\$ 14,321.25	\$501,780.50
<u>Moins la rétrocession du 11 juillet 1963:</u>		
142,216 pieds carrés à \$1.045	\$148,615.72	
+ dommages au résidu de 1962	\$ 14,321.25	
- dommages au résidu de 1963	\$ 3,762.00	\$159,174.97
		\$342,605.53
<u>Plus l'expropriation du 26 mai 1965:</u>		
69,256 pieds carrés à \$1.235	\$ 85,531.16	
- dommages au résidu de 1963	\$ 3,762.00	
+ dommages au résidu de 1965	\$ 8,352.93	\$ 90,122.09
		\$432,727.62

But when it then came to fixing the indemnity for the second expropriation, the Board adopted a completely different basis of valuation. I find it necessary to quote this part of the order in its entirety.

[TRANSLATION] With respect to the area of land expropriated on July 11, 1963, the owner at that time was Place Versailles Inc., which had purchased it on August 6, 1962. By bill 100, assented to on April 24, 1963, the territory of which the land is a part had been annexed by the city of Montreal.

The Bill in question, as well as the plan accompanying it, were filed as Exhibits E-4 and E-4A. The Bill specifies that the planning of the annexed territory will be in conformity with plan S-102 (Exhibit E-4A). It appears clearly on this plan that the territory in question is intended, for the most part, for the construction of a shopping centre, except for the north-west extremity, which is zoned for apartment buildings.

The expropriated part is entirely within the area intended for the shopping centre. This area of the shopping centre has exits on Sherbrooke Street and on two proposed streets running into the service roads of Montée St-Léonard, which had become part of the Trans-Canada Highway.

The Board has already decided many times that the land in a shopping centre has the same value whether it is located behind or in front of the centre. The operation of such business requires very large parking lots and their value is the same as that of the land used for the buildings.

The value of the expropriated land belonging to Place Versailles Inc. is therefore that of commercial land on Sherbrooke Street. An analysis of sales of commercial

Mais quand elle en est venue ensuite à fixer l'indemnité pour la seconde expropriation, la Régie a adopté une toute autre base d'évaluation. Il me paraît indispensable de citer au complet cette partie de l'ordonnance.

Quant à la superficie de terrain expropriée le 11 juillet 1963, le propriétaire en était alors Place Versailles Inc. qui l'avait acheté le 6 août 1962. Par le Bill 100 sanctionné le 24 avril 1963, le territoire dont fait partie ledit terrain avait été annexé par la ville de Montréal.

Le Bill en question de même que le plan l'accompagnant ont été déposés comme pièce E-4 et E-4A. Il est spécifié dans ledit Bill que l'aménagement du territoire annexé sera effectué conformément au plan S-102 (Pièce E-4A). Il apparaît clairement sur ce plan que le territoire en question est destiné, dans sa plus grande partie, à l'exploitation d'un centre d'achat, sauf pour l'extrémité nord-ouest qui est zoné pour de la maison d'appartements.

La partie expropriée est entièrement prise dans l'espace destiné au centre d'achat. Cet espace de centre d'achat a sorties sur la rue Sherbrooke et sur deux rues proposées débouchant sur les voies de service de la Montée St-Léonard devenu partie de la route Transcanadienne.

La Régie a déjà décidé, à maintes reprises, que le terrain d'un centre d'achat avait la même valeur, qu'il soit situé à l'arrière ou à l'avant de celui-ci. En effet, l'exploitation d'un tel genre de commerce nécessite de très grands espaces de stationnement et la valeur de ceux-ci est la même que celle des terrains utilisés pour les bâtisses.

La valeur du terrain exproprié appartenant à Place Versailles Inc. est donc celle du terrain commercial de la rue Sherbrooke. L'étude des ventes de terrains commer-

land on that street shows a price of \$3.00 per square foot in 1962. The Board has analysed a large number of transactions cited by four expert witnesses to arrive at this conclusion. Moreover, this is the conclusion reached by the expert witnesses Bigras and Sherry.

In 1963, this value became \$3.30 per square foot, that is an increase of ten per cent, as previously established. The area expropriated is 73,241 square feet. However 4,851 square feet, representing the area of the two roads appearing on plan S-102, must be deducted. The value of the land expropriated therefore works out to \$225,687 (68,390 square feet at \$3.30).

The expropriation leaves an irregular line in one part of the residue. The expert witness Sherry calculated the area depreciated in this way as 6,200 square feet. The Board accepts his method of calculating it, which is, moreover, the method which it has used previously. This area is depreciated by fifty per cent of its value because of the expropriation, and an indemnity of \$10,230.00 (6,200 square feet at \$3.30 x 50%) must accordingly be paid to the expropriated party.

The total compensation due to Place Versailles Inc. is therefore determined to be \$235,917.00.

Place Versailles is, understandably enough, completely satisfied with this last part of the decision. However, it argues forcefully that the same principles should have been applied to the first and third expropriations. In the case of the third the Court of Appeal agreed, Crête J.A. saying on this subject, with the concurrence of his colleagues:

[TRANSLATION] I believe that the Board should have taken into account the fact that the extrinsic factors which could affect the development of the Community's property in 1962 had disappeared, and that, moreover, the completed construction of the shopping centre undeniably conferred an increased value on the whole property.

To me, it is not important whether in 1965 the land was in the name of the Community or of Place Versailles Inc. The potential of the land was realized and the Board should have taken as the base rate the \$3.30 per square foot that it had established for the 1963 expropriation, with the annual increase of ten per cent.

Accordingly, I would say that for the expropriation of May 26, 1965 the decision should have been as follows:

69,256 square feet at \$3.90 per foot :	\$270,098.40
less damage to the residue of 1963 :	\$ 11,880.00
plus damage to the residue of 1965 :	\$ 26,377.00
Total:	\$284,595.40

ciaux de ladite rue démontre un prix de \$3.00 le pied carré en 1962. La Régie a analysé une grande quantité de transactions citées par les quatre experts pour en arriver à cette conclusion. C'est d'ailleurs celle à laquelle en étaient arrivés les experts Bigras et Sherry.

En 1963, cette valeur devient \$3.30 le pied carré, soit une augmentation de 10% tel qu'établi précédemment. La superficie expropriée est de 73,241 pieds carrés. Cependant, il faut en enlever 4,851 représentant la superficie des deux rues apparaissant au plan S-102 (pièce E-4A). La valeur de l'emprise expropriée s'établit donc à \$225,687.00 (68,390 pieds carrés à \$3.30).

L'expropriation laisse une ligne irrégulière à une partie du résidu. L'expert Sherry a calculé à 6,200 pieds carrés la surface ainsi dépréciée. La Régie admet sa façon de la calculer qui est d'ailleurs celle qu'elle a utilisée précédemment. Cette superficie est dépréciée de 50% de sa valeur à cause de l'expropriation, et une indemnité de \$10,230.00 (6,200 pied carrés à \$3.30 x 50%) doit en conséquence être payée à l'expropriée.

L'indemnité totale due à Place Versailles Inc. s'établit donc à \$235,917.00.

Place Versailles est, on le comprend facilement, tout à fait satisfaite de cette dernière partie de la décision. Mais elle soutient avec force qu'on aurait dû appliquer les mêmes principes à la première et à la troisième expropriations. Pour la troisième, la Cour d'appel lui a donné raison, le juge Crête disant à ce sujet avec l'accord de ses collègues:

Je crois que la Régie aurait dû alors tenir compte que les facteurs extrinsèques, qui pouvaient conditionner le développement de la propriété de la Communauté en 1962, étaient disparus et, qu'au surplus, la construction réalisée du centre d'achat apportait une plus-value indéniable à l'ensemble de la propriété.

A mon sens, il était indifférent, en 1965, que le terrain exproprié fût au nom de la Communauté ou de Place Versailles Inc. Les possibilités du terrain étaient réalisées et la Régie aurait dû prendre comme taux de base celui de \$3.30 le pied carré qu'elle avait établi pour l'expropriation de 1963, avec toujours l'augmentation annuelle de 10%.

Donc, je croirais que pour l'expropriation du 26 mai 1965, l'adjudication aurait dû être la suivante:

69,256 pieds carrés à \$3.90 le pied :	\$270,098.40
moins dommages au résidu de 1963 :	\$ 11,880.00
plus dommages au résidu de 1965 :	\$ 26,377.00
Total:	\$284,595.40

As a result of this new ruling, the total indemnity awarded to the Community should be increased by one hundred and ninety-four thousand, four hundred and seventy-three dollars and thirty-one cents (\$194,473.31), resulting in a total of six hundred and twenty-seven thousand, two hundred dollars and ninety-three cents (\$627,200.93).

In my opinion, the Court of Appeal was not in error in holding that to fix the value for purposes of the third expropriation, it mattered little whether the expropriated party was the Community or Place Versailles. It is not disputed that the Community could freely sell the land in question. Even if it was the owner, that would in no way change the value, which in this case was the market value. There is no question here of a special value for the owner. As a result, the value in the hands of the vendor was the same as the value in the hands of the purchaser. The failure to register the promise of sale, which amounted to a sale since the purchaser had possession (art. 1478 C.C.), could have no effect on the indemnity. There is therefore no necessity to consider the effect of the first two paragraphs of art. 2098. It is sufficient to note that this article does not go so far as to say that an unregistered document may never be invoked against third parties.

Since the Community and Place Versailles brought common appeals, it is not necessary to consider what should be said of an order by which the Board pretended to decide that it would not comply with a judgment of the Superior Court with respect to two of the three expropriations. In fact, it nevertheless proceeded to do so on the motion of the Community with the participation of Place Versailles, and the Superior Court then homologated the decision. It is only necessary to consider the sufficiency of the indemnity awarded by the Board and increased by the Court of Appeal.

It should be noted first that although, for two of the three expropriations, the Board fixed the indemnity taking the Community as the expropriated party, it stopped short of inquiring into the real value to the Community in the circumstances. The latter having sold the property, the value to it

Comme conséquence de cette nouvelle adjudication, l'indemnité globale attribuable à la Communauté devrait être augmentée de cent quatre-vingt-quatorze mille quatre cent soixante-treize dollars et trente et un (\$194,473.31), pour être portée à six cent vingt-sept mille deux cents dollars et quatre-vingt-treize (\$627,200.93).

A mon avis, la Cour d'appel n'a pas fait erreur en statuant que pour fixer la valeur aux fins de la troisième expropriation, il importe peu que l'expropriée soit la Communauté ou Place Versailles. Il n'est pas contesté que la Communauté pouvait librement vendre le terrain en question. Même si c'était elle qui était propriétaire cela ne changeait absolument rien à la valeur qui, en l'occurrence, était la valeur marchande. En effet, il n'est pas question ici de valeur spéciale pour le propriétaire. Par conséquent, la valeur entre les mains de la venderesse était la même que la valeur entre les mains de l'acquéreur. L'absence d'enregistrement de la promesse de vente qui valait vente puisque l'acquéreur avait la possession (art. 1478 C.c.) ne pouvait aucunement influencer sur la détermination de l'indemnité. Il n'y a donc pas lieu de discuter la portée des deux premiers alinéas de l'art. 2098. Il suffit de signaler que ce texte ne va pas jusqu'à décréter que l'écrit non enregistré ne peut être opposé aux tiers.

Vu que la Communauté et Place Versailles ont interjeté un appel et un pourvoi communs, il n'est pas nécessaire de rechercher ce qu'il faut penser d'une ordonnance par laquelle la Régie a prétendu décider qu'elle ne donnerait pas suite à un jugement de la Cour supérieure quant à deux des trois expropriations. En définitive, elle a néanmoins procédé à le faire sur la requête de la Communauté avec la participation de Place Versailles et la Cour supérieure a ensuite homologué la décision. Il faut s'arrêter uniquement à examiner la suffisance de l'indemnité accordée par la Régie et augmentée par la Cour d'appel.

Constatons d'abord que, même si pour deux des trois expropriations la Régie a fixé l'indemnité en tenant la Communauté pour l'expropriée, elle n'a pas été jusqu'à rechercher la valeur réelle pour la Communauté dans les circonstances. En effet, celle-ci ayant vendu l'immeuble, la valeur pour elle ne

could be nothing else than the price on which it had agreed. It is not on this basis that the indemnity was determined. It appears that any consideration of the unregistered deed was completely excluded, and inquiry was made for the purposes of the first expropriation only into the price the Community could have obtained on the market on the day when this first expropriation was made.

The whole of the land was valued as being located in a residential zone, except for a commercial frontage 150 feet deep on Sherbrooke Street. However, there was in fact an opportunity for commercial development, even if it was not without serious risks, as the Board noted in its order. Place Versailles had good reason for including in its offer to purchase the special clause forbidding registration, on pain of nullity. The indemnity which it now seeks for the partial expropriation implies that the Community agreed to sell it the property for less than a quarter of its value. In fact, it implies that the Community practically gave it the property, since this indemnity, for which the Community is obliged to give it credit, would be almost enough to pay the entire price of the rest of this vast property. Accordingly, Montgomery J. quite properly observed:

Regarding the 1962 expropriation, I agree that an important consideration in the determination of the value of the land then taken is the price that Appellant had agreed to pay only a few months earlier, approximately 70¢ per square foot. To the authorities cited by Mr. Justice Crête in this connection, I would add our decision in *Leopold v. Hydro-Electric Commission of Quebec*, 1967 [Q.B.] 658. In the light of this price, the value of 95¢ fixed by the Board seems quite fair to Appellant.

I would add to this that in the interval between the purchase by Place Versailles and the first expropriation nothing occurred which could be considered as likely to cause a dramatic change in the value. The following year, annexation by the City of Montreal, on conditions which ensured the development of the shopping centre then under construction, was such as to justify a completely different valuation for the property which was the subject of the second expropriation on July 11,

pouvait être autre chose que le prix dont elle avait convenu. Ce n'est pas sur cette base-là que l'indemnité a été établie. On paraît avoir complètement exclu toute considération de l'acte non enregistré et avoir uniquement recherché pour les fins de la première expropriation, quel prix la Communauté aurait pu obtenir sur le marché le jour où cette première expropriation a été faite.

L'ensemble du terrain a été évalué comme situé dans une zone résidentielle, sauf un front commercial de 150 pieds de profondeur sur la rue Sherbrooke. Cependant, il y avait en réalité une possibilité de développement commercial, même si cela n'allait pas sans risques importants, comme la Régie le signale dans son ordonnance. Ce n'est pas pour rien que Place Versailles avait mis dans son offre d'achat la stipulation spéciale interdisant l'enregistrement sous peine de nullité. L'indemnité qu'elle réclame aujourd'hui pour l'expropriation partielle implique que la Communauté aurait accepté de lui vendre la propriété pour moins du quart de sa valeur. A vrai dire, elle implique qu'elle la lui aurait pratiquement donnée puisque cette indemnité dont elle est obligée de lui donner crédit, suffirait presque à acquitter tout le prix du reste de cette vaste propriété. Aussi, c'est à bon droit que le juge Montgomery a dit:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'expropriation de 1962, je conviens que le prix convenu par l'appelante quelques mois auparavant, savoir \$0.70 le pied carré, était une considération importante dans l'évaluation du terrain. A la jurisprudence citée par le juge Crête à cet égard, je tiens à ajouter l'arrêt rendu par cette Cour dans *Léopold c. La Commission hydroélectrique de Québec*, [1967] B.R. 658. Compte tenu de ce prix, l'indemnité de \$0.95 fixée par la Régie m'apparaît juste à l'égard de l'appelante.

A cela j'ajouterai que, dans l'intervalle entre l'achat par Place Versailles et la première expropriation, il n'est rien survenu que l'on puisse considérer comme ayant pu provoquer un changement dramatique de la valeur. L'année suivante, l'annexion par la Ville de Montréal à des conditions qui assuraient le développement du centre commercial en voie de réalisation, était de nature à justifier une évaluation tout à fait différente pour ce qui a fait l'objet de la seconde expropriation le

1963. At that point there was a certainty, no longer a possibility.

Even if the difference of \$0.25 per square foot between the price paid by Place Versailles and the value assigned by the Board were regarded as insufficient, it should be considered that the Board was far too generous to the expropriated party in calculating the deduction for the reconveyed land. In fixing the indemnity assigned to the Community and that assigned to Place Versailles according to different principles, it valued the land reconveyed to the Community on July 11, 1963, at \$1.045 per square foot, while it valued the land expropriated from Place Versailles on the same day at \$3.30 per square foot. There may be an understandable desire to avoid an expropriating party being able to say to the party from whom more has been expropriated than was needed: "I am giving you back the surplus, and since it has increased in value in the interim, I owe you nothing for what I am keeping". But, may this go so far as to justify fixing a value three times lower for the purposes of a reconveyance than for the purposes of an expropriation made the same day, in respect of a property which according to the Board should be valued in its entirety at the same price, because the reconveyance was made to the former owner and the expropriation affects the party to whom the property was sold by a deed registered after the first expropriation?

The Court of Appeal properly fixed the indemnity for the third expropriation at the actual value, but it thereby granted an important advantage to appellants by omitting to adjust the deduction for the reconveyed land on a corresponding basis, although the reconveyance was made at a time when commercial development was assured. The actual value of the land was then \$3.30 per square foot, the price determined by the Board for the second expropriation, instead of \$1.045, which it assigned to the reconveyance the same day. For the 142,216 square feet reconveyed, this makes a difference of over \$320,000. This discrepancy is even less justified in that the land reconveyed was the best, bordering on Sherbrooke Street, while the second expropriation concerned a strip on the east

11 juillet 1963. A partir de ce moment-là, il y avait une certitude et non plus une possibilité.

Même si l'on pouvait trouver insuffisant l'écart de \$0.25 le pied carré entre le prix payé par Place Versailles et la valeur allouée par la Régie, il faudrait tenir compte de ce que celle-ci s'est montrée beaucoup trop généreuse envers l'expropriée en calculant la déduction pour le terrain rétrocédé. En fixant d'après des principes différents l'indemnité qu'elle a attribuée à la Communauté et celle qu'elle a attribuée à Place Versailles, elle s'est trouvée à évaluer à \$1.045 le pied carré le terrain rétrocédé à la Communauté le 11 juillet 1963, alors qu'elle évaluait à \$3.30 le pied carré le terrain de Place Versailles exproprié le même jour. On conçoit fort bien le désir d'éviter qu'un expropriant puisse dire à celui à qui il a exproprié plus que ce dont il avait besoin: «Je vous rends le surplus et comme il a pris beaucoup de valeur dans l'intervalle, je ne vous dois rien pour ce que je retiens». Mais est-ce que cela peut aller jusqu'à permettre de fixer pour du terrain qui, d'après la Régie, doit être entièrement évalué au même prix une valeur trois fois moins élevée pour fins d'une expropriation que pour fins d'une rétrocession faite le même jour, parce que la rétrocession est faite à l'ancien propriétaire et l'expropriation atteint celui auquel il a vendu par un acte enregistré après la première expropriation?

C'est à bon droit que la Cour d'appel a fixé à la valeur réelle l'indemnité pour la troisième expropriation, mais elle s'est trouvée à accorder aux appelantes un avantage important en omettant d'ajuster sur une base correspondante la déduction pour le terrain rétrocédé quoique cette rétrocession ait été effectuée à une époque où le développement commercial était assuré. La valeur réelle du terrain était alors de \$3.30 le pied carré, prix déterminé par la Régie pour la deuxième expropriation, au lieu de \$1.045 qu'elle a alloué pour la rétrocession faite le même jour. Pour 142,216 pieds carrés rétrocédés, cela fait une différence de plus de \$320,000. Cet écart est d'autant moins justifié que le terrain rétrocédé est le meilleur en bordure de la rue Sherbrooke tandis que la deuxième expropria-

side. Moreover, part of the reconveyed land was the subject of the third expropriation and was valued by the Court of Appeal at \$3.90 per square foot.

When there is a reconveyance, the indemnity is fixed accordingly (art. 797 C.C.P.). This is just a factor in the calculation, not a claim to be set off in compensation. The appeal had brought the whole determination of the indemnity in question, and the same is true of the appeal to this Court. If it is considered that the land reconveyed on July 11, 1963 had the same value as the land expropriated on that day, and not the much lower amount fixed by the Board, this means that for the area which was the subject of the first expropriation, that is, 513,115 square feet, the indemnity in effect represents about \$1.57 per square foot, instead of \$0.95. This appears to me to take sufficiently into account the possibility of commercial development at the time of the first expropriation.

In these circumstances, I find no reason to intervene to further increase the indemnity for the expropriation. There is no cross-appeal.

For these reasons I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Viau, Bélanger, Hébert, Mailloux, Beauregard, Paquet & Pinard, Montreal.

Solicitors for the respondent: de Grandpré, Colas, Amyot, Lesage, Deschênes & Godin, Montreal.

tion vise une lisière du côté est. De plus, une partie du terrain rétrocédé a fait l'objet de la troisième expropriation et a été évalué par la Cour d'appel à \$3.90 le pied carré.

Quand il y a rétrocession, l'indemnité est fixée en conséquence (art. 797 C.p.c.). Il s'agit donc simplement d'un facteur dans le calcul et non pas d'une demande à opposer en compensation. L'appel a remis toute la détermination de l'indemnité en question et il en est de même du pourvoi à cette Cour. Si l'on considère que le terrain rétrocédé le 11 juillet 1963 valait le même prix que le terrain exproprié ce jour-là et non pas le montant beaucoup moindre fixé par la Régie, cela veut dire que pour la superficie ayant fait l'objet de la première expropriation, soit 513,115 pieds carrés, l'indemnité représente effectivement environ \$1.57 le pied carré au lieu de \$0.95. Cela me paraît tenir compte suffisant de la possibilité de développement commercial lors de la première expropriation.

Dans ces circonstances, je ne trouve pas qu'il y a lieu d'intervenir pour augmenter davantage l'indemnité d'expropriation. Il n'y a pas de pourvoi incident.

Pour ces motifs je conclus que le pourvoi doit être rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Viau, Bélanger, Hébert, Mailloux, Beauregard, Paquet & Pinard, Montréal.

Procureurs de l'intimé: De Grandpré, Colas, Amyot, Lesage, Deschênes & Godin, Montréal.

John E. L. Duquet (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

The Town of Sainte-Agathe-des-Monts
(*Defendant*) *Respondent*.

1976: May 19 and 20; 1976: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Civil proceeding — Motion for declaratory judgment — No distinction between preventive and curative remedy — Code of Civil Procedure, arts. 2, 55 and 453.

Municipal law — Water rate — Territory not supplied — Imposition ultra vires — Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193, ss. 421, 439, 440, 441, 442, 445 and 446.

In October 1973, appellant, the owner of a house within respondent's territory, received a statement of account from it claiming from him water rates, interest and costs for three years, amounting to a total of \$2,124.14. The statement of account was accompanied by a notice stating that if the rates were not paid by the end of the month, the Council could order the sale of this immovable by public auction. This statement of account was based on the waterworks by-law enacted by the Town and amended three times, in 1971, 1972 and 1973, to oblige all property owners to pay the water rate, and not only those supplied by the water system. Appellant's house is situated on a peninsula which has no public road, no water system and no sewage system.

Following receipt of this statement of account and the attached notice, appellant caused to be served on respondent notice of a motion for a declaratory judgment, under art. 453 of the *Code of Civil Procedure*. This motion alleged in substance that the three by-laws amending the original waterworks by-law were *ultra vires*. The Court of Appeal affirmed the judgment of the Superior Court dismissing appellant's motion for a declaratory judgment on the grounds that this proceeding should be used for a preventive and not a curative purpose. It did not come to a decision on the second point admitted by the Superior Court, namely that there was no remedy other than that of a petition for the quashing of a by-law provided for under s. 411 of the *Cities and Towns Act*. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

John E. L. Duquet (*Demandeur*) *Appellant*;

et

La ville de Sainte-Agathe-des-Monts
(*Défenderesse*) *Intimée*.

1976: les 19 et 20 mai; 1976: le 5 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Requête pour jugement déclaratoire — Aucune distinction entre recours préventif et recours curatif — Code de procédure civile, art. 2, 55, 453.

Droit municipal — Taxe de l'eau — Territoire non desservi — Imposition ultra vires — Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, c. 193, art. 421, 439, 440, 441, 442, 445 et 446.

L'appellant, propriétaire d'une maison dans le territoire de l'intimée, reçoit de celle-ci, en octobre 1973, un état de compte lui réclamant pour une période de trois ans la taxe de l'eau, intérêt et frais, soit un total de \$2,124.14. Cet état de compte est accompagné d'un avis à l'effet que si les taxes ne sont pas acquittées avant la fin du mois, le Conseil pourra ordonner la vente de l'immeuble à l'enchère publique. Cet état de compte s'appuie sur le règlement d'aqueduc édicté par la Ville et modifié à trois reprises, soit en 1971, 1972 et 1973 pour obliger tous les propriétaires à payer la taxe de l'eau et non seulement les «abonnés». La maison de l'appellant est située sur une presqu'île où il n'y a ni rue publique, ni service municipal d'aqueduc et d'égout.

À la suite de la réception de l'état de compte et de l'avis l'accompagnant, l'appellant a fait signifier à l'intimée une requête pour jugement déclaratoire basée sur l'art. 453 du *Code de procédure civile*. Cette requête a pour objet principalement de faire déclarer que les trois règlements modifiant le règlement d'aqueduc originaire sont *ultra vires*. La Cour d'appel a confirmé le jugement de la Cour supérieure rejetant la requête pour jugement déclaratoire de l'appellant, au motif que cette procédure ne peut être utilisée que dans un but préventif et non curatif. Elle ne s'est pas prononcée sur le second moyen retenu par la Cour supérieure à l'effet que le seul remède possible était le recours en cassation prévu à l'art. 411 de la *Loi des cités et villes*. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

On the procedural question: appellant is threatened with seizure for refusing to pay a tax which he denies owing. This is definitely a situation where there is a "genuine problem". Appellant has an interest in having the question settled and in determining "any right, power or obligation which he may have under a . . . resolution or by-law of a municipal corporation".

The distinction made by the Quebec courts in applying art. 453 of the *C.C.P.* between a preventive and a curative remedy derives from the Commissioners' report and not from the *Code of Civil Procedure* itself. It is true that these Commissioners distinguish between preventive and curative justice, but if they omitted this distinction from the wording of the Code, it was because they did not wish the courts to be embarrassed by it. To decide whether the case can be dealt with by a motion for a declaratory judgment, the Court must merely determine whether it comes within the terms of art. 453 of the Code.

In any case, the governing intention behind the new Code, stated expressly in art. 2, was the desire to bury the old adage that "form takes precedence over substance", and as the distinction is not a rule of public order, any party who wishes to complain that an action should have been instituted must do so when the motion is presented, and he shall be considered to have waived this objection if he files a contestation in writing.

As to the second point, it is not true to say that appellant had no remedy other than a petition for the quashing of a municipal by-law "on the ground of illegality" provided for under s. 411 of the *Cities and Towns Act*. The courts have for a long time allowed actions in nullity in cases of *ultra vires*.

On the merits, even if the facts alleged in the contestation of the motion are established, the town still did not have the authority to enact that the water rate would be payable by all property owners. Section 442(4) of the *Cities and Towns Act* only allows it to give notice that "the Municipality is ready to supply water" and to request that the owners make the necessary connection under certain circumstances. In the case at bar, the Municipality disregarded these conditions. It does not have the authority to pass a by-law obliging all property owners to pay the water rate, regardless of the provisions of the Act laying down the conditions under which it can be done. The by-laws criticized are therefore held to be void.

Sun Oil Co. v. City of Hamilton, [1961] O.R. 209; *Dominion of Canada v. City of Levis*, [1919] A.C. 505; *Barrette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 121; *Frank v.*

Quant à la question de la procédure: l'appellant est menacé de saisie pour refus de payer une taxe qu'il nie devoir. Il s'agit bien d'un cas où il y a «difficulté réelle». L'appellant a intérêt à faire trancher la question et déterminer «quelque droit, pouvoir ou obligation pouvant lui résulter . . . d'un règlement ou d'une résolution d'une corporation municipale».

La distinction apportée par les tribunaux du Québec, dans l'application de l'art. 453 *C.p.c.*, entre le recours préventif et le recours curatif trouve sa source au rapport des commissaires et non au texte même du *Code de procédure civile*. Il est vrai que ces commissaires y distinguent justice préventive et justice curative, mais si, dans le texte du Code, ils ont choisi de ne pas faire cette distinction, c'est parce qu'ils ont voulu qu'on n'en soit pas embarrassé. Pour décider si le cas peut faire l'objet d'une requête en jugement déclaratoire, il faut seulement considérer si elle entre dans le cadre de l'art. 453 *C.p.c.*

De toute façon, la pensée dominante du nouveau *Code de procédure civile*, exprimée à l'art. 2, étant de faire disparaître le vieil adage que «la forme emporte le fond» et la distinction n'étant pas d'ordre public, celui qui veut se plaindre du fait qu'on aurait dû procéder par action doit le faire dès la présentation de la requête et il faut le considérer comme y ayant renoncé, s'il conteste par écrit.

Quant au second moyen, il n'est pas exact de dire que l'appellant n'avait pas d'autre remède que le recours en cassation de règlements municipaux «pour cause d'illégalité» prévu à l'art. 411 de la *Loi des cités et villes*. Une jurisprudence établie depuis longtemps admet l'action en nullité au cas d'*ultra vires*.

Sur le fond, même en tenant pour avérés les faits allégués dans la contestation de la requête, il faut dire que la Ville n'avait pas le pouvoir de décréter que la taxe de l'eau serait payable par tous les propriétaires. Le paragraphe 4 de l'art. 442 de la *Loi des cités et villes* ne le lui permet qu'à certaines conditions, soit de donner un avis public disant que «la municipalité est prête à fournir l'eau» et mettre les intéressés en demeure de faire le raccordement nécessaire. Dans le cas présent, la municipalité n'a tenu aucun compte de ces conditions. Il n'est pas en son pouvoir de passer un règlement qui impose l'obligation de payer la taxe de l'eau à tous les propriétaires d'immeubles, sans égard aux dispositions de la Loi édictant les conditions pour ce faire. Les règlements attaqués sont en conséquence déclarés nuls.

Arrêts mentionnés: *Sun Oil Co. v. City of Hamilton*, [1961] O.R. 209; *Dominion of Canada v. City of Levis*, [1919] A.C. 505; *Barrette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S.

Alpert, [1971] S.C.R. 637; *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 308; *Ladouceur v. Howarth*, [1974] S.C.R. 1111; *Witco Chemical Co. v. Oakville*, [1975] 1 S.C.R. 273; *General Foods v. Struthers*, [1974] S.C.R. 98; *Hamel v. Brunelle*, [1977] 1 S.C.R. 147; *L'Œuvre du Patronage de Ste-Hyacinthe v. La Cité de Ste-Hyacinthe*, [1926] Que. K.B. 496; *Donohue v. La Paroisse de St-Étienne de la Malbaie*, [1924] S.C.R. 511, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec¹ affirming a judgment of the Superior Court dismissing a motion for a declaratory judgment. Appeal allowed.

Andrée-Anne Charbonneau, for the appellant.

Paul Gélinas, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—This appeal, brought with leave of the Court, is against a decision of the Court of Appeal of Quebec, which upheld the judgment of the Superior Court dismissing appellant's motion for a declaratory judgment.

Appellant is the owner of a house within respondent's territory. This house is in a place known as Mitawanga Point, which has no public road, no water system and no sewage system. Until 1971, the waterworks by-law enacted by the Town fixed a water rate payable by users. On March 16, 1971, ss. 25 and 26 of that by-law were replaced, under by-law 453, by the following:

[TRANSLATION] *Section 25*: As from May 1, 1971, in accordance with the provisions of s. 442(4) of the *Cities and Towns Act*, an annual water rate payable in advance by the property owners and tenants on May 1 of each year and fixed at twelve per cent of the annual value of the immovables entered on the valuation roll, subject however to a minimum of fifty dollars, is hereby imposed and shall be levied on all immovables in the Town of Sainte-Agathe-des-Monts for the purpose of defraying all costs and expenses.

Section 26: For the supply of water to immovables located beyond the limits of the Town of Sainte-Agathe-des-Monts, users and consumers shall pay in advance, from May 1, 1971, a contribution as determined by the

¹ [1975] C.A. 764.

121; *Frank c. Alpert*, [1971] R.C.S. 637; *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 308; *Ladouceur c. Howarth*, [1974] R.C.S. 1111; *Witco Chemical Co. c. Oakville*, [1975] 1 R.C.S. 273; *General Foods c. Struthers*, [1974] R.C.S. 98; *Hamel c. Brunelle*, [1977] 1 R.C.S. 147; *L'Œuvre du Patronage de Ste-Hyacinthe c. La Cité de Ste-Hyacinthe*, [1926] B.R. 496; *Donohue c. La Paroisse de St-Étienne de la Malbaie*, [1924] R.C.S. 511.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ confirmant un jugement de la Cour supérieure qui a rejeté une requête pour jugement déclaratoire. Pourvoi accueilli.

Andrée-Anne Charbonneau, pour l'appellant.

Paul Gélinas, c.r., pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Le pourvoi introduit, avec l'autorisation de la Cour attaque un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui confirme le jugement de la Cour supérieure rejetant la requête de l'appellant pour jugement déclaratoire.

L'appellant est propriétaire d'une maison dans le territoire de l'intimée. Cette maison se trouve dans ce qu'on appelle la presque'île Mitawanga où il n'y a ni rue publique, ni service municipal d'aqueduc et d'égout. Jusqu'à 1971, le règlement d'aqueduc édicté par la Ville prévoyait un tarif payable par les «abonnés». Le 16 mars 1971, par le règlement numéro 453, on en a remplacé les art. 25 et 26 par les suivants:

Article 25: A compter du 1 mai 1971 est par les présentes imposée et sera prélevée SUR tous les immeubles de la Ville Sainte-Agathe-des-Monts, conformément aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 442 de la *Loi des Cités et Villes*, une taxe annuelle de l'eau payable d'avance par les propriétaires et les locataires, le 1^{er} mai de chaque année, établie au taux de 12% de la valeur locative des immeubles tel qu'apparaissant au rôle d'évaluation avec cependant un minimum de \$50.00, aux fins de pourvoir à toutes les dépenses et accessoires;

Article 26: Pour le service de l'eau sur les immeubles situés en dehors des limites de la Ville Sainte-Agathe-des-Monts, les abonnés et consommateurs devront payer à compter du 1^{er} mai 1971, et d'avance, une cotisation

¹ [1975] C.A. 764.

resolution of April 15, 1969 adopted by the Town Council, or as may be determined at any time by the Town Council, which is authorized to amend, correct or add to the tariff thus determined.

On May 2, 1972, s. 25 was replaced by a new provision which reads as follows:

[TRANSLATION] *Section 25*: As from May 1, 1972, an annual water rate fixed at twelve per cent of the annual value of the immovables entered on the valuation roll, subject to a minimum of fifty dollars for each dwelling or premises, is hereby imposed and shall be levied, on all immovables in the Town of Sainte-Agathe-des-Monts. This rate shall be payable in advance by the property owners for the purpose of defraying all costs and expenses. The whole in accordance with the provisions of s. 442(4) of the *Cities and Towns Act*.

Finally, on February 6, 1973, again pursuant to s. 442 of the *Cities and Towns Act*, a by-law was adopted enacting the following as section 1.

1.—[TRANSLATION] As from May 1, 1973, an annual water rate fixed at twelve per cent of the annual value of the immovables entered on the valuation roll, subject to a minimum of fifty dollars for each dwelling or premises, is hereby imposed and shall be levied from May 1, 1973, on all immovables in the Town of Sainte-Agathe-des-Monts. This water rate shall be payable in advance by the property owners for the purpose of defraying all costs and expenses.

On October 10, 1973, the Town sent appellant a statement of account claiming from him water rates, interest and costs for three years, amounting to a total of \$2,124.14, with the following notice:

[TRANSLATION] Unless we receive on or before October 30, 1973 payment of the real estate tax and water rate arrears on your property, we shall have to submit this statement of account to the Town Council, which may order the sale of this immovable by public auction, the whole in accordance with s. 549 of the *Cities and Towns Act*.

Appellant then caused to be served on respondent notice of a motion to the Superior Court for a declaratory judgment, under art. 453 of the *Code of Civil Procedure*:

453. Any person who has an interest in having determined immediately, for the solution of a genuine problem, either his status or any right, power or obligation which he may have under a contract, will or any other written instrument, statute, order in council, or resolu-

tion qu'établie par la résolution du conseil de Ville du 15 avril 1969 ou tel qu'elle pourra être établie en aucun temps par le conseil de Ville qui a le pouvoir de modifier, corriger ou ajouter au tarif ainsi établi;

Le 2 mai 1972, on a remplacé l'art. 25 par un nouveau texte qui se lit comme suit:

Article 25: A compter du premier mai 1972, est par les présentes imposée et sera prélevée sur tous les immeubles de la Ville Sainte-Agathe-des-Monts une taxe annuelle de l'eau, établie au taux de 12% de la valeur locative des immeubles tel qu'apparaissant au rôle d'évaluation, avec cependant un minimum de \$50.00 par logis ou local. Cette dite taxe de l'eau sera payable par les propriétaires aux fins de pourvoir à toutes les dépenses et accessoires. Le tout conformément aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 442 de la *Loi des Cités et Villes*;

Enfin, le 6 février 1973, on a adopté, toujours en vertu de l'art. 442 de la *Loi des Cités et Villes*, un règlement qui décrète comme Art. 1 ce qui suit:

1.—A compter du premier mai 1973, est par les présentes, imposée et sera prélevée sur tous les immeubles de la Ville de Sainte-Agathe-des-Monts une taxe annuelle de l'eau établie au taux de 12% de la valeur locative des immeubles tel qu'apparaissant au rôle d'évaluation, avec cependant un minimum de \$50.00 par logis ou local. Cette dite taxe de l'eau sera payable par les propriétaires aux fins de pourvoir à toutes les dépenses et accessoires.

Le 10 octobre 1973, la Ville a fait parvenir à l'appelant un état de compte lui réclamant pour trois ans de taxe de l'eau, intérêt et frais, un total de \$2,124.14 avec l'avis suivant:

A moins de recevoir le ou avant le 30 octobre 1973 votre remise pour vos arrérages de taxe foncière et de l'eau sur votre propriété nous devons produire cet état de compte au Conseil de Ville; lequel pourra ordonner la vente de cet immeuble à l'enchère publique le tout selon l'article 549 de la *Loi des Cités et Villes*.

L'appelant a alors fait signifier à l'intimée un avis d'une requête en jugement déclaratoire adressée à la Cour supérieure en vertu de l'art. 453 du *Code de Procédure civile*:

453. Celui qui a intérêt à faire déterminer immédiatement, pour la solution d'une difficulté réelle, soit son état, soit quelque droit, pouvoir ou obligation pouvant lui résulter d'un contrat, d'un testament ou de tout autre écrit instrumentaire, d'un statut, d'un arrêté en conseil,

tion or by-law of a municipal corporation, may, by motion to the court, ask for a declaratory judgment in that regard.

This motion alleged in substance the facts summarized above, and concluded:

WHEREFORE the Plaintiff concludes, and asks that by judgment to be rendered herein, it be declared:

a) THAT, the Defendant had no authority to impose the water tax on the Plaintiff or on the immovable property of the Plaintiff pursuant to the provisions of the said By-law 191 as amended by said By-laws 453, 472 and 486 respectively of the Defendant:

b) THAT the Defendant had no authority to add the name of the Plaintiff to the Collection Roll of the Defendant or to maintain the name of the Plaintiff on such Collection Roll for the purposes of such water tax;

c) THAT the Defendant had no authority to collect or to attempt to collect the said water tax or any interest thereon or any charges relevant thereto from the Plaintiff;

d) THAT, in any event, the said By-laws 453, 472 and 486 are *ultra vires* of the Defendant and the Defendant had no authority to enact the same;

the whole with costs against the Defendant.

When the motion was submitted to the Court, respondent requested and obtained, under art. 455, leave to contest it in writing. The only relevant parts of the allegations made in this contestation are the following:

[TRANSLATION] It was the plaintiff-applicant and the other property owners on Mitawanga Point who insisted on constructing their own water supply, by themselves, and refused the Town access to their peninsula for the purpose of laying roads, waterworks or a sewage system;

as the plaintiff and the other property owners of Mitawanga Point knew, respondent was always prepared to bring water as far as the entrance of Mitawanga Point, and the water works does, in fact, run along the street known as Tour du Lac, which is very close to the said entrance and constitutes the street facing the residence of the plaintiff, within the meaning of the *Cities and Towns Act*, since the Town has no public highway on this peninsula, which has always been considered, at the special request of the property owners, an exclusively private property;

d'un règlement ou d'une résolution d'une corporation municipale, peut, par requête au tribunal, demander un jugement déclaratoire à cet effet,

Cette requête allègue essentiellement les faits ci-dessus résumés et conclut:

[TRADUCTION] En conséquence le demandeur requiert que par jugement rendu en l'espèce il soit déclaré:

a) QUE la défenderesse ne peut pas recouvrer du demandeur la taxe de l'eau ni l'imposer sur l'immeuble du demandeur, aux termes des dispositions dudit règlement 191, modifié par lesdits règlements 453, 472 et 486 respectivement, édictés par la défenderesse;

b) QUE la défenderesse ne peut ni inscrire ni garder le nom du demandeur au rôle de perception aux fins du recouvrement de la taxe de l'eau;

c) QUE la défenderesse ne peut recouvrer ni tenter de recouvrer du demandeur ladite taxe de l'eau, y compris les intérêts et frais relatifs à cette taxe;

d) QU'en tout état de cause, lesdits règlements 453, 472 et 486 sont *ultra vires* de la défenderesse, et que cette dernière n'a pas le pouvoir de les édicter;

le tout avec dépens contre la défenderesse.

Lorsque la requête a été présentée au tribunal, l'intimée a demandé et obtenu, suivant l'art. 455, l'autorisation de la contester par écrit. Les seules parties à retenir des allégations de cette contestation sont les suivantes:

Ce sont le demandeur-requérant et les autres propriétaires de la presqu'île Mitawanga qui ont insisté pour construire eux-mêmes leur propre source d'approvisionnement d'eau et qui ont refusé à la Ville tout accès sur leur presqu'île tant pour les routes que pour l'aqueduc et l'égout;

elle a toujours été prête et ce, à la connaissance du demandeur et de tous les autres propriétaires de la presqu'île Mitawanga à amener l'eau jusqu'à l'entrée de la presqu'île Mitawanga et que, de fait, l'aqueduc circule sur cette rue Tour du Lac, à très proche distance de cette entrée, qui constitue, au sens de la *Loi des Cités et Villes*, la rue faisant face à la résidence du demandeur-requérant, la ville n'ayant aucune rue publique sur cette presqu'île qui est et a toujours été considérée, à la demande spéciale de ses propriétaires, comme une propriété exclusivement privée;

In this reply, appellant alleged that the waterworks extends only to about one-quarter of a mile from the side road leading to Mitawanga Point, that is over one mile from appellant's house.

At the Superior Court hearing on March 7, 1974, counsel for the Town contended that the motion was not that provided for by art. 453: "in this case it is not preventive but curative". Judgment was rendered in the following terms:

[TRANSLATION] THE COURT admits for the purpose of this judgment that the facts alleged in the said motion for a declaratory judgment are true, and that a trial is therefore unnecessary;

WHEREAS recourse to art. 453 *C.C.P.* is permitted only in the cases specially provided for, and is not left to the discretion of the parties involved (*Fefferman v. Bentley's Cycles and Sports Ltd.*, [1969] Qué. Q.B. 806);

WHEREAS the *Cities and Towns Act* provides special remedies for the quashing of municipal by-laws, and for the setting aside of an assessment by a collection roll affecting properties and immovables;

WHEREAS rates are at present levied in accordance with that by-law and constitute a charge on respondent's properties;

WHEREAS a declaratory judgment will have no effect either on the by-laws or the rates presently collectable;

WHEREAS the conclusions of the said motion, on the face of the motion itself and of the conclusions, are of a curative and not preventive nature; the declaratory action is in no way curative as it cannot decree any condemnation;

WHEREAS the motion is preventive while the litigation in question is not potential but real and existing;

THE COURT DISMISSES the said motion with costs;

JUDGMENT CONSULTED AT THE HEARING

Corporation des Enseignants du Québec v. The Attorney General of the Province of Quebec et al., [1973] C.S. 793.

The Court of Appeal affirmed, and stated *inter alia*:

[TRANSLATION] ... it appears, from both the motion itself and the contestation of the motion by respondent,

Dans sa réponse, l'appelant a allégué que l'aqueduc ne va que jusqu'à environ un quart de mille du chemin de traverse qui conduit à la presqu'île Mitawanga, soit à plus d'un mille de la maison de l'appelant.

A l'audition en Cour supérieure, le 7 mars 1974, le procureur de la Ville a soutenu que la requête n'était pas celle qui est prévue par l'art. 453: «c'est pas du préventif ça, c'est du curatif». Jugement a été rendu dans les termes suivants:

LA COUR admet, pour les fins du présent jugement que les faits allégués dans ladite requête pour un jugement déclaratoire sont vrais et qu'une enquête est alors inutile;

CONSIDÉRANT que le recours à cet article 453 *C.p.c.* n'est permis que dans les cas qui sont spécialement prévus et n'est pas laissé au choix des intéressés (*Fefferman vs Bentley's Cycles Sports Ltd.*, [1969] B.R. p.806);

CONSIDÉRANT que la *Loi des Cités et Villes* prévoit des recours spéciaux pour faire casser les règlements municipaux et faire annuler une imposition résultant d'un rôle de perception affectant des propriétés et des immeubles;

CONSIDÉRANT que les taxes en vertu de ce règlement sont présentement imposées et constituent une charge sur les propriétés de l'intimée;

CONSIDÉRANT qu'un jugement déclaratoire n'aura aucun effet ni sur les règlements ni sur les taxes exigibles présentement;

CONSIDÉRANT que les conclusions de ladite requête, à la face même de la requête et des conclusions, sont d'une nature curative et non préventive. L'action déclaratoire n'est aucunement curative, elle ne peut décréter aucune condamnation;

CONSIDÉRANT que la requête est préventive et qu'il ne s'agit pas d'un litige en puissance mais d'un litige existant et réel;

LA COUR REJETTE ladite requête avec dépens;

JUGEMENT CONSULTÉ LORS DE L'AUDIENCE:

[1973] C.S. p.793, *Corporation des enseignants de Québec VS Le procureur Général de la Province de Québec et al.*

La Cour d'appel a confirmé en disant notamment:

... il appert, tant de la requête elle-même que de sa contestation par l'intimée, qu'un litige véritable existe et

that there exists and has existed for three years a genuine issue between appellant and respondent. Therefore, despite the groundless allegations to the contrary made by appellant, this is not a potential issue, since an issue arose and existed in fact between the two parties.

This Court has held on two previous occasions that "the motion for a declaratory judgment must be used for a preventive and not for a curative purpose": in *Laflamme v. Drouin*, [1973] C.A. 707, and in *Fefferman et al. v. Bentley's Cycles and Sports Ltd.*, [1969] Qué. Q.B. 806, at p. 807.

Jules Deschênes C.J. of the Superior Court gave a similar ruling in *Corporation des Enseignants du Québec v. The Attorney General of the Province of Quebec et al.*, [1973] S.C. 793 *et seq.*

I consider that the aforementioned decisions are applicable to this motion, and that the judge of first instance properly applied them in the judgment *a quo*.

Article 453 C.C.P. is not designed to create, at the option of litigants, an alternative method of instituting, proceeding with and hearing existing cases; the remedy provided under this article is an exceptional one, related to that of decision on a point of law (C.C.P. 448 *et seq.*), and should not, except in equally exceptional circumstances, do double duty to obtain priority of hearing over other cases which have been instituted and prosecuted in due form.

If the strict limits set under art. 453 were exceeded, there could be only one result: to destroy the economy of our *Code of Civil Procedure* by creating a second system for instituting and hearing cases, to a large extent parallel to the first but more expeditious; if the choice of this parallel system were left to the litigants, disorder and chaos would result, and ultimately it would be the administration of justice which would suffer, for justice needs to be administered in an orderly manner.

With respect, I must say that the decision of the Court of Appeal is tantamount to deleting art. 453 from the *Code*. Can there be a "genuine problem" which does not constitute an "issue", as this word is understood in this context? This is not a situation where another suit has already been filed: that would be quite a different situation, a kind of *lis pendens*. Here, a taxpayer is threatened with seizure for refusing to pay a tax which he denies owing. He should not be obliged to wait for a seizure before filing an opposition. He therefore undoubtedly has an interest in having the question

a existé depuis près de trois ans entre l'appelant et la municipalité intimée à ce sujet. Il ne peut donc s'agir, malgré les propositions gratuites au contraire de l'appelant, d'un litige en puissance, un litige étant né et existant de fait entre les parties.

Or, à deux reprises déjà, notre Cour a décidé que «la requête pour jugement déclaratoire doit être utilisée dans un but préventif et non lucratif», dans l'arrêt *Laflamme v. Drouin*, [1973] C.A., p.707 et dans l'arrêt *Fefferman et al. v. Bentley's Cycles and Sports Ltd.*, [1969] B.R. p.806, à p. 807.

L'honorable juge en chef Jules Deschênes de la Cour supérieure en a décidé de même dans *Corporation des Enseignants du Québec v. Le Procureur Général de la Province de Québec et al.*, [1973] C.S. pp.793 *et seq.*

Je suis d'avis que ces arrêts s'appliquent à la présente requête et que c'est avec raison que le juge de première instance les a appliqués dans le jugement *a quo*.

L'objet de l'article 453 C.p.c. n'est pas de créer, au choix des plaideurs, un mode alternatif d'institution, de poursuite et d'audition de litiges déjà existants; le recours prévu par cet article est un recours exceptionnel connexe à celui de l'adjudication sur un point de droit (448 C.p.c. *et seq.*) et ne doit pas, autrement que dans des circonstances également exceptionnelles, faire double emploi avec l'obtention de priorité d'audition sur les autres causes régulièrement instituées et poursuivies.

Dépasser les limites rigoureuses fixées par l'article 453 n'aurait qu'un effet: celui de détruire l'économie de notre *Code de Procédure civile* en créant un second système d'institution et d'audition des litiges, dans une large mesure parallèle et plus expéditive que celui que prévoit le Code, système parallèle qui, laissé au libre choix, des plaideurs ne ferait que créer désordre et pagaille et qui, en définitive, ne saurait que nuire à l'administration de la justice, car la justice a besoin d'être administrée dans l'ordre.

Avec respect, je dois dire que la décision de la Cour d'appel fait rien moins que rayer du *Code* l'art. 453. En effet, quand aura-t-on une «difficulté réelle» qui ne constitue pas un «litige» au sens qu'elle donne à ce mot? Il ne s'agit pas d'un cas où il y aurait déjà une autre instance introduite, ce qui serait une situation tout à fait différente, une espèce de litispendance. Ici, il s'agit d'un contribuable menacé de saisie pour refus de payer une taxe qu'il nie devoir. Il ne devrait pas être obligé d'attendre la saisie pour former opposition. Il a donc indubitablement intérêt à faire trancher la

settled. I do not see how it can be argued that this is not a "genuine problem". Moreover, it must be noted that the enactment goes on to mention "any right, power or obligation which he may have under a . . . resolution or by-law of a municipal corporation", which clearly appears to refer directly to cases of this kind. The Court of Appeal does not seem to have stopped to consider what application the provision could have, if not to cases of this kind.

The reference to "a preventive and not a curative purpose" is clearly not to the wording of the 1965 *Code of Civil Procedure*, but rather to the report of the Commissioners who prepared the draft. To reject this distinction, it might suffice to say that it does not appear in the enactment. However, if one wishes to ascertain what the Commissioners meant when they referred, in their comments on arts. 453 to 456, to the "reasons which led them to propose the declaratory action, as a means of preventive justice", one must read some observations which they made on art. 55:

In the present state of things, one may say, in a general way, that rights are sanctioned only by the condemnation of the person who has violated them; it is only exceptionally, in effect, that the litigant may invoke the aid of justice before the actual violation of his right has taken place.

There would be little to say against this curative justice if rights were never violated other than by deliberate intention. But, observation reveals that often the litigant wants his rights, but he is not aware of their precise limits because of the obscurity of the law or of the agreement which governs them. Not knowing what he must do—or what he must not do—to stay within the law, the litigant is in a dilemma, whether to deprive himself of exercising all his rights through fear of going beyond their legal limits, or to run the risk of being sued for having crossed the limit which he could not know.

It is, therefore, extremely desirable that there should be put at the disposal of the litigants a means which permits them to determine in advance in certain conditions the true nature of the juridical situation in which they find themselves. But the means required for this are declaratory procedures under which, when two litigants are in disagreement as to their reciprocal rights and obligations, one of them may demand from the tribunal,

question. Je ne vois pas comment on peut soutenir qu'il ne s'agit pas d'une «difficulté réelle». D'ailleurs, il faut considérer que le texte poursuit en parlant de «quelque droit, pouvoir, ou obligation, pouvant . . . résulter . . . d'un règlement ou d'une résolution d'une corporation municipale» ce qui paraît bien viser directement des cas de ce genre. La Cour d'appel ne semble aucunement s'être arrêtée à considérer à quoi cette partie du texte pouvait s'appliquer sinon à des cas de ce genre.

Lorsque l'on parle d'un but préventif et non curatif, il est évident que l'on fait allusion non pas au texte du *Code de Procédure* de 1965, mais au rapport des commissaires qui en ont préparé le projet. Pour écarter cette distinction, il pourrait suffire de dire qu'elle ne figure pas dans le texte. Mais si l'on veut connaître ce que les commissaires voulaient dire en parlant dans leurs commentaires sur les art. 453 à 456, des «motifs qui les avaient conduits à proposer l'action déclaratoire comme mesure de justice préventive», il faut lire certaines observations qu'ils ont faites sur l'art. 55:

Dans l'état actuel des choses, l'on peut dire, de façon générale, que les droits ne sont pas sanctionnés autrement que par la condamnation de celui qui les a violés; c'est par exception, en effet, que le justiciable peut s'adresser à la justice avant que ne soit effectivement consommée la violation de son droit.

Il y aurait peu à dire contre cette justice curative, si les droits n'étaient jamais violés que de propos délibéré. Mais l'expérience révèle que, bien souvent, le justiciable ne veut rien de plus que son droit, mais qu'il n'en connaît pas les limites, à cause de l'obscurité de la loi ou de la convention qui le régit. Ignorant ce qu'il doit faire—ou ce dont il doit s'abstenir—pour rester dans la légalité, le justiciable est dans un dilemme: ou bien se priver d'exercer tout son droit, par crainte d'en dépasser les limites, ou bien courir le risque d'être poursuivi en justice pour avoir franchi une limite qu'il ne pouvait pas connaître.

Il est donc éminemment souhaitable que soit mis à la disposition des justiciables un moyen qui leur permette de faire déterminer d'avance, dans certaines conditions, le contenu de la situation juridique dans laquelle ils se trouvent. Or, ce moyen, c'est la procédure déclaratoire, suivant laquelle, lorsque deux justiciables sont en désaccord sur leurs droits ou obligations réciproques, l'un d'eux peut demander au tribunal de déclarer quels sont

a declaration as to what his rights are. This declaration will not involve any condemnation, but, having the force of chose jugée, it will compel the respect of the parties.

This declaratory procedure has existed in Scotland for two centuries; it started developing in England about 1828, and is now in use in all the English speaking countries, as well as in Germany and Austria. In France, the doctrine is favorable to it and jurisprudence admits it more and more (SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, No. 233, p. 211). Everywhere beneficial effects are noticed.

The objections that one could raise against this form of preventive justice are:

1. That the Courts do not have as their function the giving of opinions; and

2. That declaratory actions risk causing the blocking of the Courts.

To that one must answer that the declaratory judgment is not the giving of an opinion, but a decision with the force of chose jugée; and that the means of avoiding the abuse which one fears— "... is not to be opposed systematically to this procedure but to be very strict in the appreciation of the interest alleged by requiring that, on the one hand the danger be grave and serious to the point of creating from that moment a definite difficulty, and on the other hand, the judicial declaration sought be of such a nature as to offer to the plaintiff not merely a purely theoretical satisfaction but a concrete and determined usefulness". (SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, No. 233).

These observations show that the Court of Appeal went against the intention of the *Code of Civil Procedure* in refusing to consider as a measure of "preventive justice" a motion made to provide against an express threat from the other party. In saying this, I am in no way suggesting that the Commissioners' observations on the distinction between preventive and curative justice should be considered as part of the wording of the Code. On the contrary, it appears obvious to me that their purpose in omitting it from the draft, which they proposed and the legislature later enacted, was precisely that they did not wish the courts to be embarrassed by it. In fact, the governing intention behind the whole new Code was the desire to bury the old adage that "form takes precedence over substance". This intention is stated expressly in art. 2, the first sentence of which reads as follows:

ses droits. Cette déclaration ne sera assortie d'aucune condamnation, mais, ayant force de chose jugée, elle s'imposera néanmoins au respect des parties.

Cette procédure déclaratoire existe en Écosse depuis plus de deux siècles; elle a commencé à se développer en Angleterre vers 1828, et elle est maintenant en usage dans tous les pays anglo-saxons, ainsi qu'en Allemagne et en Autriche. En France, la doctrine lui est favorable, et la jurisprudence l'admet de plus en plus (SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1, n° 233, p.211). Et partout l'on se plaît à en signaler les effets bienfaisants.

Les objections que l'on pourrait élever contre cette forme de justice préventive sont:

1° que les tribunaux n'ont pas pour mission de donner des consultations; et,

2° que les demandes déclaratoires risquent d'amener l'encombrement des tribunaux.

A cela, il faut répondre que le jugement déclaratoire n'est pas une consultation, mais une décision qui a force de chose jugée, et que le moyen d'éviter l'abus que l'on craint «n'est pas de s'opposer systématiquement à la procédure, mais de se montrer très strict dans l'appréciation de l'intérêt allégué en exigeant que, d'une part, la menace soit grave et sérieuse au point de créer dès à présent un trouble précis, et que, d'autre part, la déclaration judiciaire sollicitée soit de nature à offrir au demandeur, non point une satisfaction purement théorique, mais une utilité concrète et déterminée». (SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1, n° 233.)

Ces textes font bien voir la pensée des auteurs du *Code de procédure civile*; ce n'est pas s'y conformer que de considérer comme n'étant pas de «justice préventive» la requête qui a pour objet de parer à une menace formelle de la partie adverse. En faisant cette observation, je n'entends aucunement suggérer qu'il y a lieu de traiter les observations des commissaires sur la distinction entre justice préventive et justice curative comme si cela faisait partie du texte législatif. Au contraire, il me paraît évident que s'ils ont choisi de ne pas l'insérer dans le texte qu'ils ont proposé et que la Législature a ensuite décrété, c'est précisément parce qu'ils n'ont pas voulu qu'on en soit embarrassé. En effet, la pensée dominante qui a inspiré tout le nouveau Code c'est le désir d'enterrer le vieil adage que «la forme emporte le fond». Ils l'ont exprimé formellement dans l'art. 2 dont la première phrase se lit comme suit:

2. The rules of procedure in this Code are intended to render effective the substantive law and to ensure that it is carried out; and failing a provision to the contrary, failure to observe the rules which are not of public order can only affect a proceeding if the defect has not been remedied when it was possible to do so.

If there is a case where this rule is especially applicable, it is, in my view, when the Court has to decide when one may proceed by motion under art. 453, or when, on the contrary, an action must be instituted. It is apparent that the intention was to make the motion widely applicable. The specific mention of a "resolution or by-law of a municipal corporation" was, in my view, clearly prompted by a desire to avoid the difficulties which had arisen in this area under Ontario rules, see the decision in *Sun Oil Co. v. City of Hamilton & Veale*², only a few years before the 1965 *Code of Civil Procedure* was drawn up.

Having regard to the general principles of this *Code*, I find it positively unacceptable that a motion under art. 453 should be dismissed on the grounds that an action would be required, once a contestation in writing has been filed. In such case the Court has complete pleadings before it, exactly as if an action had been instituted, the only difference being that the opposing party received a mere notice instead of a copy of a writ of summons. To dismiss the application at the hearing on the grounds that an action should have been instituted implies that, although the exception to the form has been abolished, it is resurrected free of all limitations imposed on its ancient strictness.

As I have already had occasion to note, when the decision on a question of form causes a litigant to be deprived of a substantial right, the matter ceases to be a question of form and becomes a question of law (see *Barrette v. The Queen*³). For this reason, this Court has not hesitated to intervene on procedural questions in such circum-

² [1961] O.R. 209.

³ [1977] 2 S.C.R. 121.

2. Les règles de procédure édictées par ce code sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction; et à moins d'une disposition contraire, l'inobservation de celles qui ne sont pas d'ordre public ne pourra affecter le sort d'une demande que s'il n'y a pas été remédié alors qu'il était possible de le faire.

S'il est un cas où il y a spécialement lieu d'appliquer cette règle, je pense que c'est bien lorsqu'il s'agit de décider quand on peut procéder par requête en vertu de l'art. 453 et quand il faut, au contraire, recourir à une action. Il est évident que l'on a voulu rendre la requête largement applicable. La mention expresse d'un «règlement ou d'une résolution d'une corporation municipale» me semble clairement inspirée par le désir d'éviter les difficultés survenues à ce sujet sous la loi de l'Ontario, voir *Sun Oil Co. v. City of Hamilton & Veale*², un arrêt rendu quelques années seulement avant la rédaction du *Code de Procédure civile* de 1965.

En regard des principes généraux de ce *Code*, il me semble tout à fait inadmissible qu'une requête formée en vertu de l'art. 453 soit rejetée pour le motif qu'il faudrait procéder par action, après qu'une contestation écrite a été produite. Le tribunal a alors devant lui des plaidoiries complètes exactement comme sur une action avec cette seule différence que la partie adverse a reçu un simple avis au lieu d'une copie de bref d'assignation. Rejeter la demande à l'audition pour le motif qu'on aurait dû procéder par action signifie qu'après avoir supprimé l'exception à la forme, on la fait renaître affranchie de tout ce qui en atténuait l'ancienne rigueur.

Comme j'ai déjà eu l'occasion de le signaler, lorsque la décision sur une question de forme a pour conséquence qu'un justiciable est privé d'un droit important, elle cesse d'être vraiment une question de forme et devient une question de droit, (voir *Barrette c. La Reine*³. C'est pourquoi cette Cour n'a pas hésité à intervenir sur des questions

² [1961] O.R. 209.

³ [1977] 2 R.C.S. 121.

stances, as in *Frank v. Alpert*⁴, *Basarsky v. Quinlan*⁵, *Ladouceur v. Howarth*⁶, *Witco Chemical Co. v. Oakville*⁷, *General Foods v. Struthers*⁸, *Hamel v. Brunelle*⁹.

On the procedural question, therefore, I would say:

(1) in order to decide whether a case can be dealt with by a motion for declaratory judgment, the Court is not required to determine if the motion is preventive or curative, but merely whether it comes within the terms of art. 453;

(2) as the distinction is not a rule of public order, any party who wishes to complain that an action should have been instituted must do so when the motion is presented, and he shall be considered to have waived this objection if he files a contestation in writing.

I think I should add that I see no basis for fears of an abuse of the procedure by motion. Firstly, it must be noted that no order for payment of money can be sought under art. 453, however widely the article is interpreted. Furthermore, if the judge considers that this procedure is being abused, there is nothing to prevent him from ordering that the case be proceeded with as if it were an action. In the case at bar, I consider it appropriate to say that the public interest in municipal proceedings made a procedure for a prompt decision eminently desirable.

I shall now turn to the second point, admitted by the judge of first instance and not considered by the Court of Appeal. Is it true to say that appellant had no remedy other than those provided under the *Cities and Towns Act*? Under s. 411 of the *Cities and Towns Act*, a municipal by-law may be quashed "on the ground of illegality". Apart from special formalities, such as security for costs and so on, the right to apply by petition for the quashing of a by-law is subject to a time limit of

⁴ [1971] S.C.R. 637.

⁵ [1972] S.C.R. 380.

⁶ [1974] S.C.R. 1111.

⁷ [1975] 1 S.C.R. 273.

⁸ [1974] 1 S.C.R. 98.

⁹ [1977] 1 S.C.R. 147.

de procédure dans de telles circonstances comme elle l'a fait dans: *Frank c. Alpert*⁴, *Basarsky c. Quinlan*⁵, *Ladouceur c. Howarth*⁶, *Witco Chemical Co. c. Oakville*⁷, *General Foods c. Struthers*⁸, *Hamel c. Brunelle*⁹.

Sur la question de procédure, je dis donc:

1) pour décider si le cas peut faire l'objet d'une requête en jugement déclaratoire, il n'y a pas lieu de rechercher si la demande est préventive ou curative, on doit s'arrêter seulement à considérer si elle entre dans le cadre de l'art. 453;

2) la distinction n'étant pas d'ordre public, celui qui veut se plaindre de ce qu'on aurait dû procéder par action doit le faire dès la présentation de la requête et il faut le considérer comme y ayant renoncé s'il conteste par écrit.

Je crois devoir ajouter que l'on aurait bien tort de redouter un abus de la procédure par requête. Tout d'abord, il ne faut pas oublier que même interprété largement, l'art. 453 ne permet pas de demander une condamnation à payer une somme d'argent. Ensuite, rien n'empêche le juge, s'il croit que l'on abuse de cette procédure, d'ordonner que l'affaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. Dans le cas présent, il me paraît à propos de dire que l'intérêt public à l'égard des procédures municipales rendait éminemment souhaitable le recours à une procédure destinée à obtenir une prompte décision.

Il convient maintenant d'examiner le second moyen qui a été retenu par le premier juge et que la Cour d'appel n'a pas examiné. Est-il exact de dire que l'appelant n'avait pas d'autre remède que les recours prévus à la *Loi des cités et villes*? Le recours en cassation de règlements municipaux «pour cause d'illégalité» est prévu à l'art. 411 de la *Loi des cités et villes*. Sans parler des formalités spéciales (cautionnement, etc), il est assujéti à une prescription de trois mois à compter de l'en-

⁴ [1971] R.C.S. 637.

⁵ [1972] R.C.S. 380.

⁶ [1974] R.C.S. 1111.

⁷ [1975] 1 R.C.S. 273.

⁸ [1974] 1 R.C.S. 98.

⁹ [1977] 1 R.C.S. 147.

three months after the coming into force of the by-law (s. 421). If there had been no other possible remedy, the by-laws in question could not have been attacked when appellant made his motion. Such a conclusion runs counter to many decisions of the courts, which for a long time have allowed actions in nullity against municipal by-laws in cases of *ultra vires*.

In *L'Œuvre du Patronage de St-Hyacinthe v. La Cité de St-Hyacinthe*¹⁰, Létourneau J.A. expressed the unanimous opinion of the Court of Appeal when he said (at p. 500):

[TRANSLATION] ... this provision of the Act, under which the remedy against by-laws is restricted to a certain time limit, does not apply in the case of by-laws expressly prohibited under the Act: *ultra vires* can always be pleaded, even as a defence, against a tax which the Act declares not to be due by those who are complaining of it. (See authorities *supra*.)

This decision is based primarily on the ruling of this Court in *Donohue v. La Paroisse de St-Étienne de la Malbaie*¹¹, where Mignault J. stated (at p. 521):

[TRANSLATION] ... absence or excess of jurisdiction is a cause of absolute nullity, and any person aggrieved has a remedy under Art. 50 of the *Code of Civil Procedure*.

The question is, therefore, whether respondent had the authority to enact, under s. 442(4) of the *Cities and Towns Act*, that the water-rate would be payable by all property owners. Section 442 reads as follows:

442. The council may make by-laws:

(4) To establish the rate for water, in addition to the special taxes mentioned in sections 439 and 441; to supply meters for buildings or establishments, for measuring the quantity of water used therein; and to fix the amount to be paid for the water and rent of meters;

However, in the same division of the Act, under the same reading *Water Supply*, there are the following sections:

445. As soon as the municipality is ready to furnish water to any part of the municipality not already sup-

trée en vigueur du règlement attaqué (art. 421). S'il n'y avait aucun autre recours possible, les règlements contestés auraient été inattaquables lorsque l'appelant a formé sa requête. Cette conclusion va à l'encontre de la jurisprudence qui depuis longtemps admet l'action en nullité à l'encontre des règlements municipaux au cas d'*ultra vires*.

Dans *L'Œuvre du Patronage de St-Hyacinthe c. La Cité de St-Hyacinthe*¹⁰, le juge Létourneau exposant l'opinion unanime de la Cour d'appel dit (à la p. 500):

... cette disposition de la loi qui limite à un certain délai le recours contre les règlements, ne s'applique pas à ceux que la loi exempte expressément: l'*ultra vires* peut toujours être invoqué, même en défense, à l'encontre d'une imposition que la loi déclare devoir être sans effet quant à ceux qui s'en plaignent. (Voir autorités *supra*.)

Cet arrêt est fondé principalement sur celui de cette Cour dans *Donohue c. La Paroisse de St-Étienne de la Malbaie*¹¹ où le juge Mignault a dit (à la p. 521):

... Le défaut ou l'excès de juridiction entraîne nullité absolue et celui qui en souffre a toujours le recours de l'article 50 du *Code de procédure civile*.

Il faut donc se demander si l'intimée avait le pouvoir de décréter, en vertu du par. 4 de l'art. 442 de la *Loi des cités et villes*, que la taxe de l'eau serait payable par tous les propriétaires. Ce texte se lit comme suit:

442. Le conseil peut faire des règlements:

4) Pour fixer la taxe de l'eau, en sus de la taxe spéciale mentionnée dans l'article 439, et de celle mentionnée dans l'article 441; pour fournir des compteurs qui sont placés dans les bâtiments ou établissements, afin de mesurer la quantité d'eau qui y est consommée, et pour fixer le prix de l'eau et de la location de ces compteurs;

Mais dans la même section de la Loi, sous le titre *De l'approvisionnement de l'eau*, on trouve les articles suivants:

445. Dès que la municipalité est prête à fournir l'eau à quelque partie de la municipalité qui n'en est pas déjà

¹⁰ [1926], 41 Que. Q.B. 496.

¹¹ [1924] S.C.R. 511.

¹⁰ (1926), 41 B.R. 496.

¹¹ [1924] R.C.S. 511.

plied, public notice thereof shall be given; and, after such notice, all persons liable to the payment of water-rates in such part of the municipality, whether they consent or not to receive the water, shall pay the rates fixed by the tariff.

446. The municipality shall lay the distribution pipe to the line of the street, and may exact payment of the water-rate from the property owner, even although the latter refuses or neglects to connect such a pipe with his house or building.

It seems clear that a town does not have the authority to eliminate, by a by-law, the conditions governing the recovery of a water rate, when those conditions are laid down by the Act itself. Such conclusion is further supported by the provisions in ss. 439 and 441, whereby the right to recover the "special tax" for the waterworks, "in addition to" which the rate for water may be established under s. 442(4), is essentially subjected to the same conditions. In fact, s. 440 reads as follows:

440. Such a special tax shall be imposed and levied, even upon the owners or occupants not availing themselves of the water from the waterworks; provided that the municipality has notified such owners and occupants, that it is prepared, at its own expense, to bring the water to the line of the street opposite their respective houses, shops or buildings.

The tax imposed under s. 441 is levied "on the immovables facing the water conduits constructed by the municipality . . ."

In my view, once it is held that the imposition of the water rate under s. 442(4) is subject to the conditions prescribed under ss. 445 and 446, the appellant must succeed, even assuming that the facts alleged in respondent's contestation are established. What the Town is seeking to do, in fact, through the by-laws in dispute, is to oblige all property owners in the municipality to pay the "water rate", whereas the Act provides that it can levy it only under certain conditions. As the Privy Council held in *Dominion of Canada v. City of Levis*¹² (at p. 511):

Water supplied at the cost of the municipality from artificially constructed waterworks is in the nature of a merchantable commodity.

¹² [1919] A.C. 505.

pourvue, elle en donne avis public; et, après cet avis, toutes les personnes sujettes au paiement de la taxe de l'eau dans cette partie de la municipalité, soit qu'elles consentent ou non à recevoir l'eau, doivent payer la taxe fixée par le tarif.

446. La municipalité pose le tuyau de distribution jusqu'à l'alignement de la rue, et a le droit d'exiger du propriétaire la taxe de l'eau, quand même ce dernier refuse ou néglige de raccorder ce tuyau avec sa maison ou son bâtiment.

Il me semble évident qu'il n'est pas au pouvoir d'une ville de supprimer par un règlement les conditions auxquelles la loi elle-même assujettit le droit de recouvrer la «taxe de l'eau» (en anglais «water-rate»). Cette conclusion se trouve renforcée du fait que le droit de recouvrer la «taxe spéciale» d'aqueduc visée aux deux art. 439 et 441, «en sus de» laquelle l'art. 442, par. 4 permet de fixer la «taxe de l'eau», est essentiellement assujetti aux mêmes conditions. En effet, à la suite de l'art. 439, on lit:

440. Cette taxe spéciale est imposée et prélevée même dans le cas où les propriétaires ou occupants ne se serviraient pas de l'eau de l'aqueduc, pourvu que la municipalité ait signifié à ces propriétaires ou occupants qu'elle est prête à conduire l'eau à ses frais jusqu'à l'alignement de la rue vis-à-vis de leurs maisons, magasins ou bâtiments respectifs.

Quant à l'art. 441, la taxe qu'il prévoit est prélevée «sur les immeubles en face desquels des conduites d'eau sont posées par la municipalité, . . .»

A mon avis, dès que l'on constate que la taxe de l'eau imposée en vertu de l'art. 442, par. 4 est assujettie aux conditions prévues aux art. 445 et 446, il faut donner raison à l'appelant même en tenant pour avérés les faits allégués dans la contestation de l'intimée. En effet, ce que celle-ci prétend faire par les règlements contestés, c'est obliger tous les propriétaires d'immeubles dans la municipalité à payer la «taxe de l'eau», tandis que d'après la loi, elle ne peut le faire qu'à certaines conditions. Comme le Conseil privé l'a dit dans *Dominion of Canada v. City of Levis*¹² (à la p. 511):

[TRADUCTION] L'eau distribuée aux frais de la municipalité par un réseau d'adduction doit être considérée comme un produit commercialisé.

¹² [1919] A.C. 505.

It is, therefore, only in exceptional cases that the price of the service can be claimed from those to whom it is not supplied. Provision is made for such exception under the Act, but if the Municipality wishes to avail itself of it, it must comply strictly with what is required. In the case at bar, the Municipality, instead of seeking to avail itself of ss. 445 and 446, purported through its by-law to ignore them.

To oblige the property owners on Mitawanga Point to pay the water rate, the Municipality maintains that, because they built their houses without opening public roads to them, the laying of the waterworks pipe from the nearest street is at their expense, and their refusal to provide the pipe themselves renders them liable to pay for the service which they do not receive. Before such a claim can be made, the conditions prescribed under ss. 445 and 446 must be fulfilled. These sections require that notice be given that the Municipality is ready to supply water, and that the owners be requested to make the necessary connection. Instead of doing this, the Municipality passed by-laws purporting to oblige all property owners to pay unconditionally. The question raised by these by-laws is not whether the Municipality acted within the conditions prescribed by ss. 445 and 446, it disregarded them. Strictly speaking, it would suffice to note that it did not have the authority to pass a by-law obliging all property owners to pay the water rate, regardless of the provisions of the Act.

If the houses on Mitawanga Point were built along a public road and not a private road, the Municipality could obviously not claim the "water rate". It is true that, because the Municipality did not order the opening of public roads, the property owners are obliged to pay the same general taxes as the other taxpayers, although they are responsible for the upkeep of their private road. But, this is because the Act does not contain for roads provisions similar to those for waterworks. The latter service is considered the supply of merchandise to such extent that the water may be sold by meter. The purpose of ss. 445 and 446 is not to allow the Municipality to oblige those who reside in a part of the territory to which the service is not

Ce n'est donc que par exception que le prix du service peut être réclamé de ceux auxquels il n'est pas fourni. Cette exception est prévue par la Loi mais pour s'en prévaloir, la Municipalité doit se conformer strictement à ce qui y est décrété. Dans le cas présent la Municipalité, au lieu de chercher à se prévaloir des art. 445 et 446 a, par son règlement, prétendu tout simplement n'en tenir aucun compte.

Pour obliger les propriétaires de maisons dans la Presqu'île à payer la taxe de l'eau la Municipalité prétend que, parce qu'ils ont construit leurs maisons sans que des chemins publics y soient ouverts, l'installation du tuyau d'aqueduc à partir de la rue la plus proche est à leur charge, et leur refus d'y pourvoir permet de leur imposer l'obligation de payer pour le service qu'ils ne reçoivent pas. Pour être recevable à élever cette prétention, il aurait fallu faire ce que prévoient les art. 445 et 446: donner avis que la Municipalité est prête à fournir l'eau et mettre les intéressés en demeure de faire le raccordement nécessaire. Au lieu de cela, on a passé des règlements qui prétendent obliger tous les propriétaires à payer sans condition. La question que posent ces règlements n'est pas de savoir si la Municipalité est dans les conditions voulues pour se prévaloir des art. 445 et 446. Strictement il peut suffire de dire qu'il n'est pas en son pouvoir de passer un règlement qui impose l'obligation de payer la taxe de l'eau à tous les propriétaires d'immeubles sans égard à ces dispositions-là.

Si les maisons de la Presqu'île étaient construites le long d'une rue publique et non d'un chemin privé, il est évident que la Municipalité ne pourrait réclamer la «taxe de l'eau». Il est vrai que parce qu'elle n'a pas décrété l'ouverture de rues publiques les propriétaires se trouvent obligés de payer les mêmes taxes générales que les autres contribuables, même si l'entretien de leur chemin privé reste à leur charge. Mais cela vient de ce que la Loi ne comporte pas pour les chemins des dispositions analogues à celles qu'elle renferme pour l'aqueduc. Ce service-là est considéré comme la fourniture d'une marchandise à tel point que la Municipalité peut vendre l'eau au compteur. Les art. 445 et 446 ne sont pas destinés à lui permettre

supplied, to pay the water rate. The contrary is clearly indicated by the wording of the Act. The sections which we have examined merely seek to prevent some owners from evading their liability to contribute to the cost of installing and operating a waterworks system designed to serve them.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgments of the Court of Appeal and of the Superior Court, and declare that respondent's by-laws 453, 472 and 486 are void, and that accordingly the water rate claimed by its statement of account dated October 10, 1973, cannot be recovered from appellant, the whole with costs throughout against respondent.

Appeal allowed with costs.

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

Solicitors for the respondent: Gélinas & Chamard, Sainte-Agathe-des-Monts, Québec.

de faire payer la «taxe de l'eau» à ceux qui résident dans une partie du territoire à laquelle le service n'est pas fourni. Le texte indique clairement le contraire. Ils visent uniquement à ne pas permettre à quelques propriétaires de se soustraire à l'obligation de contribuer au coût de l'installation et du fonctionnement d'un réseau d'aqueduc destiné à les desservir.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure et de déclarer que les règlements 453, 472 et 486 de l'intimée sont nuls et qu'en conséquence, elle ne peut recouvrer de l'appellant la taxe de l'eau réclamée par l'état de compte du 10 octobre 1973, le tout avec dépens dans toutes les cours contre l'intimée.

Pourvoi accueilli avec dépens.

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

Procureurs de l'intimée: Gélinas & Chamard, Sainte-Agathe-des-Monts, Québec.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Practice – Class action – Status to sue – Provincial government agencies – Statutory bodies – Status to bring declaratory action – Justiciable nature of issues raised in statement of claim – Bedford Service Commission Act, 1953 (N.S.), c. 73 as amended, ss. 5(c), (f), (h), 25(4).

BEDFORD SERVICE COMM'N. v. A.G. (N.S.) et al., 269.

2. Writ of evocation – Appeal to the Council on Discipline of the Bar – Continuation of a sitting of the Council – Members present still seized of the appeal – Bar Act, 1966-67 (Qué.), c. 77 – Code of Civil Procedure, arts. 846 to 850.

BAR OF THE PROVINCE OF QUEBEC v. STE-MARIE, 414.

AIR LAW

Death of a passenger and loss of baggage – Clause limiting the liability of the carrier – Notice not in accordance with the requirements of the Hague Protocol – Carriage by Air Act, R.S.C. 1970, c. C-14, Schedule I (Warsaw Convention), Arts. 3 and 4 and Schedule III (Hague Protocol), Arts. 3(1)(c), 3(2), 4(1)(c) and 22.

MONTREAL TRUST CO. et al. v. CANADIAN PACIFIC AIRLINES LTD., 793.

APPEAL

1. Function of Appellate Court – Credibility of witnesses – Absence of error on part of trial judge.

MACNEILL et al. v. BRIAU, 205.

2. Acquittal at trial – Error of law – New trial ordered – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1), (4), 618(2).

VÉZEAU v. THE QUEEN, 277.

3. Jurisdiction of the Supreme Court – Leave to appeal from interlocutory judgments – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, amended by 1974-75-76, (Can.), c. 18, ss. 38, 39, 41, 44 and 47.

BAR OF THE PROVINCE OF QUEBEC v. STE-MARIE, 414.

4. Statement to police allowed into evidence – Leave to appeal refused on question whether trial judge erred in law in connection with request for voir dire.

LAVALLÉE v. THE QUEEN, 626.

5. Decision of Commission set aside by Federal Court of Appeal – Leave to appeal granted by Supreme Court – Ground of appeal lost – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41 (enacted 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 5) – Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, s. 19.

CANADIAN CABLESYSTEMS (ONTARIO) LTD. v. CONSUMERS' ASSOCIATION OF CANADA et al., 740.

APPEAL—Concluded

6. Reversal of finding of fact of trial judge – Strong justification required.

HOYT et al. v. GRAND LAKE DEVELOPMENT CORP. et al., 907.

ASSESSMENT

1. Lakebeds – Arbitrary method of assessment – Error in law – Assessment Equalization Act, R.S.B.C. 1960, c. 18, s. 37(1).

PACIFIC LOGGING CO. LTD. v. ASSESSOR FOR THE PROVINCE OF BRITISH COLUMBIA, 623.

2. Corporations – School assessment – Apportionment between public and separate schools – Jurisdiction of Court of Revision – The Municipal Taxation Act, R.S.A. 1970, c. 251, s. 45(1)(e) – The School Act, R.S.A. 1970, c. 329, ss. 60, 61, 63(4), 64 – The British North America Act, 1867, s. 96.

JONES v. EDMONTON CATHOLIC SCHOOL DISTRICT NO. 7 et al., 872.

BILLS OF EXCHANGE

1. Forged endorsement – Cheques to the order of former employees – “Fictitious person” – Liability of the bank – Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, ss. 21(5), 49.

ROYAL BANK OF CANADA v. CONCRETE COLUMN CLAMPS (1961) LTD., 456.

2. Cheques – Depositing to personal benefit of president of cheques drawn to the order of the company – Unauthorized endorsements – Fault – Damages equal to amount of cheques – Remedy against the president, the bank and its manager – No remedy against the drawer – Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, ss. 10, 51 – Civil Code, art. 1053.

BANK CANADIAN NATIONAL et al. v. GINGRAS, 554.

CIVIL CODE

1.—Articles 57, 85 and 1013. 858

See: DECLINATORY EXCEPTION

2.—Articles 116, 139, 141, 142, 163, 164, 2202. 342

See: MATRIMONIAL LAW

3.—Articles 212, 213. 179

See: DIVORCE

4.—Articles 1041, 1042, 1057 and 2613. 67

See: UNJUST ENRICHMENT

5.—Article 1053. 554

See: BILLS OF EXCHANGE

CIVIL CODE—Concluded

6.—Article 1053.....	1112
<i>See: MOTOR VEHICLES</i>	
7.—Article 1234.....	55
<i>See: CONTRACTS</i>	
8.—Articles 1478 and 2098	1118
<i>See: EXPROPRIATION</i>	
9.—Articles 2487, 2488, 2489 and 2490.....	1098
<i>See: INSURANCE</i>	
10.—Article 2571.....	1036
<i>See: INSURANCE</i>	

CIVIL PROCEEDING

Motion for declaratory judgment – No distinction between preventive and curative remedy – Code of Civil Procedure, arts. 2, 55 and 453.

DUQUET *v.* TOWN OF SAINTE-AGATHE-DES-MONTS, 1132.

CODE OF CIVIL PROCEDURE

1.—Articles 2, 55 and 453.....	1132
<i>See: CIVIL PROCEEDING</i>	
2.—Articles 6, 8 and 165(4).....	849
<i>See: MUNICIPAL LAW</i>	
3.—Articles 9, 68, 152, 161, 163, 164, 168 and 170.....	858
<i>See: DECLINATORY EXCEPTION</i>	
4.—Articles 68, 70	198
<i>See: HUSBAND AND WIFE</i>	
5.—Article 167.....	537
<i>See: LABOUR LAW</i>	
6.—Article 797 (old version).....	1118
<i>See: EXPROPRIATION</i>	
7.—Articles 846 to 850.....	414
<i>See: ADMINISTRATIVE LAW</i>	
8.—Articles 846 to 850.....	568
<i>See: LABOUR LAW</i>	

CONFLICT OF LAWS

Divorce – Recognition of foreign decrees – Jurisdiction – Fraud in obtaining divorce – Fraud going to the merits – Fraud going to the jurisdiction.

POWELL *v.* COCKBURN, 218.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Federal Act dealing with dishonest trade practices and providing a civil remedy – Not within the powers of Parliament

CONTITUTIONAL LAW—Concluded

in relation to the criminal law, the regulation of trade and commerce or implementation of the obligations arising out of an international treaty – Legislation in relation to property and civil rights – Jurisdiction of the Federal Court – Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 7, 53 and 55 – British North America Act, ss. 91(2), (27), 92(13), (16) and 101.

MACDONALD *et al.* *v.* VAPOR CANADA LTD., 134.

2. Provincial legislation establishing universal compulsory automobile insurance plan – Validity of legislation – Automobile Insurance Act, 1973 (B.C.), c. 6 – Insurance Corporation of British Columbia Act, 1973 (B.C.), c. 44.

CANADIAN INDEMNITY CO. *et al.* *v.* A.G. OF BRITISH COLUMBIA, 504.

3. Determination of validity of tax legislation pending – Enactment prohibiting proceedings against Crown in respect of anything done or omitted under ultra vires legislation – Enactment invalid in so far as it purports to bar recovery of taxes paid under ultra vires legislation – The Mineral Taxation Act, R.S.S. 1965, c. 64, ss. 25A, 28A [enacted 1973-74, c. 65] – The Proceedings against the Crown Act, R.S.S. 1965, c. 87, s. 5 (7) – The Potash Reserve Tax Regulations, 1974.

AMAX POTASH LTD. *et al.* *v.* GOVERNMENT OF SASKATCHEWAN, 576.

4. Unemployment insurance – Insurable employment resulting from a contract of service – Regulations extending the scope of insurable employment – Unemployment Insurance Act, 1955 (Can.), c. 50, s. 26(1)(d) – Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, s. 4(1)(c) – British North America Act, s. 91(2A).

MARTIN SERVICE STATION LTD. *v.* MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 996.

CONTRACTS

1. Stipulation not to compete – Penal clause – Interpretation of the contract inferred from behaviour of the parties – Testimony – Civil Code, art. 1234.

TRUDEAU *v.* COCHRANE, 55.

2. Sale of a business – Sale of shares – Warranty as to depreciation taken in valuation of assets – Interpretation – “Depreciation” – Capital cost allowance under the Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148.

CANNING *v.* C.F.M. FUELS (ONT.) LTD., 207.

3. Privity of contract – Agreements in writing to develop land – Consideration – Motion for nonsuit allowed at trial.

INTERNATIONAL AIRPORT INDUSTRIAL PARK LTD. *v.* TANENBAUM *et al.*, 326.

4. Mortgage financing arrangement – Sale and lease back with mortgage – Developer acting “as own contractor” – Mechanics’ liens – Priorities as between lien holder and mortgagee – Whether under the mortgage financing arrangement between developer and Insurance Company the latter became

CONTRACTS—Concluded

“an owner” – The Mechanics’ Lien Act, R.S.N.S. 1967, c. 178, ss. 1(a), (d), 5, 10, 11, 12.

NORTHERN ELECTRIC CO. LTD. *et al.* v. MANUFACTURERS LIFE INS. CO., 762.

5. Provision for price adjustment for tax changes – Interpretation – Scope of provision – Applicability to non-Canadian tax changes – Applicability to resultant cost increases by affiliate companies – Applicability to Canadian duties and levies – Import duties – Maritime Pollution Claims Fund Levy.

IMPERIAL OIL LTD. v. NOVA SCOTIA LIGHT AND POWER CO. LTD., 817.

COSTS

Costs before Mining Commissioner against Crown disallowed by provincial statute – Power of final appellate court to award costs in the courts below and before Mining Commissioner – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 49 – The British North America Act, 1867, ss. 92, 101 – The Mining Tax Act, R.S.O. 1960, c. 242, s. 10(6).

MINISTER OF MINES AND NORTHERN AFFAIRS (ONTARIO) v. SHERIDAN GEOPHYSICS LTD. *et al.*, 384.

COURTS

1. Federal Court jurisdiction – Proceedings to be based on existing and applicable federal law – Jurisdiction in contracts of the Crown in right of Canada – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17 – B.N.A. Act, 1867, s. 101 – Public Works Act, R.S.C. 1970, c. P-38, s. 16(1).

MCNAMARA CONSTRUCTION (WESTERN) LTD. *et al.* v. THE QUEEN, 654.

2. Jurisdiction of the Federal Court – Action for damages and rescission of contracts – Claim for relief under applicable federal law – British North America Act, 1867, s. 101 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 23.

QUEBEC NORTH SHORE PAPER CO. *et al.* v. CANADIAN PACIFIC LTD. *et al.*, 1054.

CRIMINAL LAW

1. Non-capital murder – Defences – Drunkenness – Provocation – Accused under the influence of alcohol and aggressive – Accused accompanying deceased outside for a fight – Accused kicked by deceased before shooting him – Sufficiency of evidence of wrongful act or insult – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 215(3).

R. v. SQUIRE, 13.

2. Evidence – Subordinate legislation – Proof of delegated or subordinate legislation – Judicial notice – Oil Pollution Prevention Regulations, P.C. 1971-2005, SOR/71-495 – Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9 (am. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 27, s. 3(2)) ss. 727, 730 – Canada Evidence

CRIMINAL LAW—Continued

Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 17, 20, 21, 22 – Statutory Instruments Act, 1970-71-72 (Can.), c. 38, ss. 6, 11, 23, 27.

R. v. “EVGENIA CHANDRIS”, 97.

3. Right to obtain the assistance of counsel – Application for adjournment – Judge’s discretion – Prejudice suffered by accused – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 577(3), 613.

BARRETTE v. THE QUEEN, 121.

4. Non-capital murder – Duress – Threat of death or of grievous bodily harm – “A party to the offence” – “Intention in common” – Aiding and abetting under duress – Defence of duress open to accused – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 7(3), 17, 21(2).

PAQUETTE v. THE QUEEN, 189.

5. Appeal – Jury – Challenge for cause – Exercise of discretion by trial judge in respect of attempt to challenge for cause – Defences – Issue of drunkenness.

HUBBERT v. THE QUEEN, 267.

6. Evidence – Alibi defence – Failure of accused to testify – Instructions to the jury – Mention by judge that no conclusion unfavourable to the accused may be drawn from his failure to testify – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 4(5).

VÉZEAU v. THE QUEEN, 277.

7. Mandatory supervision – Suspension of mandatory supervision for subsequent offence – Concurrent sentence of 21 months imposed while serving eight years – Applicability of mandatory supervision – Effective date of sentence in relation date of operation of act – Parole Act, as amended by 1968-69 (Can.), c. 38, s. 101(1), (2).

BEAUCAGE v. A.G. (CAN.), 293.

8. Appeal – Failure to specify grounds for dissent in formal judgment of Court of Appeal – Omission not fatal to jurisdiction of Supreme Court of Canada to hear appeal.

WARKENTIN *et al.* v. THE QUEEN, 355.

9. Rape – Corroboration – Whether evidence capable of corroborating story of complainant – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 142 (now repealed).

WARKENTIN *et al.* v. THE QUEEN, 355.

10. Charge to the jury – Comment by judge on admissions made during counsel’s addresses – No error in directions.

PARENTEAU v. THE QUEEN, 399.

11. Legality of detention – Warrant of committal not necessary – Certificate of conviction sufficient – Habeas corpus – Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 13(7)(a).

LEWIS v. DIRECTOR OF ARCHAMBAULT INSTITUTION, 412.

12. Inmate of penitentiary striking instructor and thereby causing his death – Charge of murder punishable by death – Defence of insanity – Appeal against conviction dismissed by Court of Appeal – Issue as to adequacy of trial judge’s charge to jury – Conviction quashed and new trial ordered by Supreme Court.

PÉLOQUIN v. THE QUEEN, 503.

CRIMINAL LAW—Continued

13. Conspiracy – Charge to the jury – Substantial errors in charge – New trial ordered.

THERIAULT et al. v. THE QUEEN, 520.

14. Conspiracy – Conspiracy to traffic in a controlled drug – Evidence establishing conspiracy – Facts constituting conspiracy to traffic – Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 34(1) – Criminal Code, s. 423(1)(d).

SOKOLOSKI v. THE QUEEN, 523.

15. Charge of unlawful possession of heroin for purpose of trafficking – Alibi evidence raised by accused at close of Crown's case – Crown permitted to call rebuttal evidence – Trial judge subsequently deciding rebuttal evidence not admissible – Court of Appeal holding trial judge's refusal to allow rebuttal evidence was error of law alone – Acquittal set aside and new trial ordered.

MCRITCHIE v. THE QUEEN, 600.

16. Rape – Corroboration – One of two accused denying intercourse – Evidence as a whole plus complainant's distraught condition corroborative of complainant's story implicating each of the accused.

MURPHY et al. v. THE QUEEN, 603.

17. Information – Alleged nullity first raised in Court of Appeal – Validity of information not open to Court of Appeal.

R. v. ANDERSON, 621.

18. Breaking and entering – Actual and constructive – Meaning and scope of s. 308(b)(ii) of the Criminal Code – Distinctions between ss. 306 and 307.

JOHNSON v. THE QUEEN, 646.

19. Trial – Proof of criminal intent – Defences – Lack of intent – Psychiatric evidence as to lack of ability to form intent – Conviction without reasons – Failure of trial judge to give reasons – Criminal Code, ss. 295 and 303 – National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 55 and 120 (as amended).

MACDONALD v. THE QUEEN, 665.

20. Murder of policeman while acting in course of his duties – Mandatory sentence of death – Death penalty not cruel and unusual punishment within meaning of s. 2(b) of Canadian Bill of Rights, 1960 (Can.), c. 44 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 214(2), 218(1) (am. 1973, c. 38) – Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1974-75-76, c. 105.

MILLER et al. v. THE QUEEN, 680.

21. Capital murder – Trial – Charge to jury – Errors in charge – Circumstantial evidence.

AMBROSE v. THE QUEEN, 717.

22. Murder – Trial by judge without a jury – Stricter standard of proof than required applied to particular elements of evidence – Discretion properly exercised under s. 9(2) of Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10.

STEWART v. THE QUEEN, 748.

23. Murder – Possible reduction to manslaughter – Criminal negligence – Adequacy of charge to jury – Criminal Code, s. 212.

CHARBONNEAU v. THE QUEEN, 805.

CRIMINAL LAW—Concluded

24. Evidence – Admissibility of rebuttal evidence – Psychiatric evidence as to probability of third party being perpetrator of offence – Limitation on admissibility and relevance – Right of Crown to cross-examine – Right of Crown to introduce rebuttal evidence of a like or related nature.

MCMILLAN v. THE QUEEN, 824.

25. Murder – Fatal shootings not actually carried out by appellant – Responsibility as a party to the offences – Possible inadequacy in direction to jury – Verdict of guilt inevitable – No reduction to manslaughter – Criminal Code, ss. 21, 307, 613(1)(b)(iii) and 623(1).

MACDONALD v. THE QUEEN, 832.

CROWN

Hospital board established by South Saskatchewan Hospital Centre Act, R.S.S. 1965, c. 254 – Unpaid subcontractor – Board not a Crown agent – No bar to enforcement of charge against holdback money – Interpretation Act, R.S.S. 1965, c. 1, s. 7.

WESTEEL-ROSCO LTD. v. BOARD OF GOVERNORS OF SOUTH SASKATCHEWAN HOSPITAL CENTRE, 238.

DAMAGES

Lack of proof as to amount of damages – Dismissal of action inappropriate – Proper course to remit to trial judge to hear further evidence.

HOYT et al. v. GRAND LAKE DEVELOPMENT CORP. et al., 907.

DECLINATORY EXCEPTION

Mandatory limit – Jurisdiction *ratione personae* and *ratione materiae* – Election of domicile – Court determined by agreement of parties – Civil Code, arts. 57, 85 and 1013 – Code of Civil Procedure, arts. 9, 68, 152, 161, 163, 164, 168 and 170.

ALIMPORT (EMPRESA CUBANA IMPORTADORA DE ALIMENTOS) v. VICTORIA TRANSPORT LTD., 858.

DIVORCE

Orders granting corollary relief – Silence of decrees *nisi* and absolute – Interim order – Petition brought two months after the decree absolute – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11, – Civil Code, arts. 212, 213.

VADEBONCOEUR v. LANDRY, 179.

EVIDENCE

1. Presumptions – Burden of proof – Successive presumptions – Alternating duty to adduce evidence – Effect of evidence on presumptions – Probative force of presumptions.

POWELL v. COCKBURN, 218.

2. Identification evidence – Use of photographs – Sufficient to support conviction.

LAVALLÉE v. THE QUEEN, 626.

EXPROPRIATION

1. Reconveyance – Second and third expropriations – Commercial development after first expropriation ensured – Failure to adjust on a corresponding basis – Civil Code, arts. 1478 and 2098 – Code of Civil Procedure, art. 797 (old version).

PLACE VERSAILLES INC. *et al.* v. MINISTER OF JUSTICE OF QUEBEC, 1118.

2. Joint owner of expropriated land not party to proceedings – Right to be heard – Written notice waived – Proceedings acquiesced in – Validity of expropriation against all owners.

SCHOOL COMMISSIONERS OF LOUIS FRÉCHETTE v. BRETON, 1025.

EXTRADITION

Affidavit of co-conspirator – Sufficiency of evidence – Application of rules of criminal law in the extradition judge's exercise of discretion – Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 10(1), 13, 18 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, 475(1).

UNITED STATES OF AMERICA v. SHEPHARD, 1067.

HUSBAND AND WIFE

Declinatory exception – Residence and domicile of defendant – Action for annulment or declaration of nullity of marriage – Code of Civil Procedure, arts. 68, 70 – Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19, s. 10.

DOYLE v. DOYLE, 198.

IMMIGRATION

Definition of a “permanent resident” – Authority of the Immigration Appeal Board to determine its own jurisdiction – No obligation to hear the appeal on its merits – Immigration Appeal Board Act, R.S.C. 1970, c. I-3, as amended by 1973-74 (Can.), c. 28, ss. 2, 11, 22.

RAE *et al.* v. MINISTER OF MANPOWER AND IMMIGRATION, 602.

INCOME TAX

1. Tax liability acknowledged – Reassessment – Waiver of right of appeal – Payment of amounts owing – Waiver agreement binding – No undue influence or coercion – Conduct of taxpayer such as to disentitle him to relief in any event.

SMERCHANSKI v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 23.

2. Mining syndicate – Prospector's expenses – Profit on shares of mining company – Deductions – Concurrent findings of facts in the Courts below – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 83, as amended by 1965 (Can.), c. 18, s. 19.

GEOPHYSICAL ENGINEERING LTD. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 1008.

INDIANS

Land governed by elected chiefs – Hereditary chiefs obstructing use of council house – Injunction to prevent obstruction – Validity of elective system – The Indian Act, 1951 (Can.), c. 29, ss. 2, 73 – Order in Council P.C. 6015, November 12, 1951.

DAVEY *et al.* v. ISAAC *et al.*, 897.

INSURANCE

1. Motor vehicle insurance – Accident – Disability benefit – Exclusionary clause – Construction – Inapplicability of *contra proferentem* rule – Exclusion of a person “entitled to receive benefits under workmen's compensation rule” – Whether applicable to plan insured who has not claimed workmen's compensation.

MADILL v. CHU, 400.

2. Liability insurance – Fault of insured – Case of ordinary negligence – Validity of action in warranty against insurer.

EMPLOYERS' LIABILITY ASSURANCE CORP. LTD. *et al.* v. FOUNDATION CO. OF CANADA LTD., 413.

3. Fire – Tenant – Insurable interest – Contractual liability to insure thing – Statutory condition 10a of policy – Meaning of “owned” – Insurance Act, R.S.Q. 1964, c. 295, s. 240 – Civil Code, art. 2571.

COMMERCE & INDUSTRY INSURANCE CO. *et al.* v. WEST END INVESTMENT CO., 1036.

4. Professional liability – Misrepresentation – Irrelevant replies – Insurer not aware of the real situation – Question of “materiality” – Civil Code, arts. 2487, 2488, 2489 and 2490.

FIDELITY AND CASUALTY CO. OF NEW YORK v. GENERAL STRUCTURES INC., 1098.

LABOUR LAW

1. Industrial accident – Lay-off of an injured employee – Damages and reinstatement sought by employee in the Superior Court – Declinatory exception – Rights under the collec-

LABOUR LAW—Concluded

tive agreement – Grievance within the meaning of the Labour Code – Rights capable of being claimed only by grievance procedure – Code of Civil Procedure, art. 167 – Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141, ss. 1(g), 81, 88, 89.

GENERAL MOTORS OF CANADA LTD. v. BRUNET, 537.

2. Notice given to a CEGEP teacher that he would not be re-hired – Priority of employment not respected – Arbitration – Reinstatement ordered – Collective agreement silent on the scope of the powers of the arbitration board – Code of Civil Procedure, arts. 846 to 850.

SYNDICAT DES PROFESSEURS DU CEGEP VIEUX-MONTREAL *et al.* v. CEGEP VIEUX-MONTREAL, 568.

3. Trade Union – Certification – Municipal employees in Northwest Territories – Meaning of “federal work” – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 1, 2, 27, 80, 108 and 109, 1972 (Can.), c. 18, Preamble – Northwest Territories Act, R.S.C. 1970, c. N-22, s. 13.

CANADA LABOUR RELATIONS BOARD *et al.* v. YELLOW-KNIFE, 729.

LABOUR RELATIONS

Illegal strike – Dismissal of employees – Complaint of unfair labour practice – Dismissed employees ordered reinstated by Canada Labour Relations Board – Determination that employees listed in complaint were in fact union members – No presumption created against employer – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 184(3)(a)(i), 187, 188 – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 24(1).

CENTRAL BROADCASTING CO. LTD. v. CANADA LABOUR RELATIONS BOARD *et al.*, 112.

LAND TITLES

Priorities – Actual notice – Encumbrance – Lease – Unregistered renewal of lease – Purchaser of freehold having notice of leasehold interest – Transferee's interest subject to leasehold interest – The Land Titles Act, R.S.O. 1970, c. 234 as amended, ss. 78(1), (2), 79(1), 85(5), 91, 94.

UNITED TRUST CO. v. DOMINION STORES LTD. *et al.*, 915.

LANDLORD AND TENANT

Premises leased for laundry and dry cleaning business – Severe building vibrations experienced after commencement of business – Equipment properly installed – Unsuitable floor cause of vibrations – No breach by tenant – Landlord's application for possession dismissed.

CHINOOK APPLIANCES LTD. v. WELLINGTON SQUARE HOLDINGS LTD., 601.

MARITIME LAW

Jurisdiction in rem and in personam – Arrest of the ship in Canada – Private international law – Service ex juris – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 22(a), 43, 44 – Federal Court Rules, Rule 307.

ANTARES SHIPPING CORPORATION v. THE SHIP “CAPRICORN” *et al.*, 422.

MATRIMONIAL LAW

Annulment of marriage – Lack of consent – Putative marriage – Nullity of the marriage contract – Maintenance of the civil advantages – Civil Code, arts. 116, 139, 141, 142, 163, 164, 2202.

PARÉ v. BONIN, 342.

MECHANICS' LIENS

1. Action by unpaid subcontractor against hospital board – Unenforceable lien giving rise to charge upon holdback money – Repeal and re-enactment of statute before trial of action – Rights of subcontractor not impaired – The Mechanics' Lien Act, R.S.S. 1965, c. 277, as amended by 1971, c. 30, s. 3 – The Mechanics' Lien Act, 1973 (Sask.), c. 62.

WESTEEL-ROSCO LTD. v. BOARD OF GOVERNORS OF SOUTH SASKATCHEWAN HOSPITAL CENTRE, 238.

2. Owner – Person on whose behalf work is done – Person with whose privity and consent work is done – Person for whose direct benefit work is done – Hold back – Whether lessee is contractor – The Mechanics' Lien Act, R.S.N.S. 1967, c. 178, ss. 1(a), (d), 5, 10, 11, 12.

NORTHERN ELECTRIC CO. LTD. *et al.* v. MANUFACTURERS LIFE INS. CO., 762.

MINES AND MINERALS

Consulting engineer employed by oil companies – Confidential information acquired in course of work – Concurrent findings of fact giving rise to no liability.

GUYER OIL CO. LTD. *et al.* v. FULTON *et al.*, 791.

MORTGAGES

Foreclosure – Power of sale in mortgage – Sale under power after judgment nisi in foreclosure – Right of redemption – Equity – Whether exercise of alternative remedy valid – Whether sale void – Rules of Practice, R.R.O. 1960, Reg. 396, Rule 465.

PETRANIK v. DALE *et al.*, 959.

MOTOR VEHICLES

1. Breathalyzer – Certificate of analysis – Notice of intention to produce – “Reasonable notice” – Notice given immediately after breathalyzer test – Finding at trial that accused was intoxicated when notice was given – Validity of notice given prior to information being laid – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237.

R. v. HAMM, 85.

2. Road works – Motorist hitting a pile of gravel on the road – Divided responsibility – Quantum – Intervention of the Court of Appeal justified.

SILBURN v. ANTAGON CONSTRUCTION CO. LTD., 271.

3. Failure to establish negligence – Concurrent findings by courts below – No reason to reverse.

PHILLIPS v. ROY *et al.*, 521.

4. Car stopped in left lane – Bus turning over on its side after leaving the paved portion of the highway – Intervention by the Court of Appeal on a question of fact – No error of principle – Highway Code, R.S.Q. 1964, c. 231, s. 50(1) – Civil Code, art. 1053.

VOYAGEUR PROVINCIAL INC. v. GUIDOLIN *et al.*, 1112.

MUNICIPAL CORPORATIONS

Expropriation of land – Compensation set by arbitration – Regional Board dissatisfied with amount of award – By-law to abandon expropriation passed in camera – Validity of by-law – Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, s. 492.

REGINA EX REL. CEDAR CRESCENT DEVELOPMENTS LTD. v. KELLY *et al.*, 620.

MUNICIPAL LAW

1. Illegal and irregular agreements between the municipality and third parties – Invalidity – Municipal Aid Prohibition Act, R.S.Q. 1964, c. 176, s. 1 – Municipal Works Act, R.S.Q. 1964, c. 177, ss. 1 and 5 – Municipal Commission Act, R.S.Q. 1964, c. 170, s. 24 – Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193, s. 593.

CIE IMMOBILIÈRE VIGER LTÉE v. GIGUÈRE INC., 67.

2. Contracts – Interpretation – Agreement by municipality to service redevelopment with sewerage – Sewer development charge subsequently imposed on new buildings – Entitlement of developer to recover amount of charge from municipality.

SCOTIA SQUARE HOTEL LTD. *et al.* v. CITY OF HALIFAX, 490.

3. Action against a municipality for damages – Notice mailed within fifteen days of accident and received on the seventeenth day – Saturday not a holiday – Time limits only start to run on date of discovery of accident – Post Office Act, R.S.C. 1970, c. P-14, s. 41 – Interpretation Act, R.S.Q. 1964, c. 1, ss. 52 and 61 – An Act to revise and consolidate the

MUNICIPAL LAW—Concluded

Charter of the City of Montreal, 1959-60 (Que.), c. 102, arts. 1088 and 1170 – Code of Civil Procedure, arts. 6, 8 and 165(4).

MONTREAL v. VAILLANCOURT, 849.

4. Assessment – Real value of tanks under construction – Replacement value – Absence of palpable error – Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193, ss. 485 and 486 – Charter of the City of Montreal, 1960, 1959-60 (Qué.), c. 102 as amended, ss. 818, 827 – Real Estate Assessment Act, 1971 (Qué.), c. 50, ss. 1(q), 8 and 10.

GOLDEN EAGLE CANADA LTD. v. MUNICIPAL CORPORATION OF ST-ROMUALD D'ETCHEMIN, 1090.

5. Water rate – Territory not supplied – Imposition ultra vires – Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193, ss. 421, 439, 440, 441, 442, 445 and 446.

DUQUET v. TOWN OF SAINTE-AGATHE-DES-MONTS, 1132.

PHYSICIANS AND SURGEONS

Discipline Committee – Professional misconduct – Impartiality of Discipline Committee.

COLLEGE OF PHYSICIANS AND SURGEONS OF ONTARIO v. CASULLO, 2.

PRACTICE

1. Federal Court – Examination for discovery – Order nominating a Minister of the Crown to be examined – Court Rules applying only to a person who is an officer of the Crown when the discovery is to take place – Resort to provincial practice not allowed – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 46(1)(a) – Federal Court Rules, Rules 5 and 465(1)(c).

R. v. CAE INDUSTRIES LTD. *et al.*, 566.

2. Moneys paid under protest pending determination of validity of taxing enactment – Application for preservation of money paid not within ambit of Saskatchewan Rules of Court – Queen's Bench Rules 387, 390.

AMAX POTASH LTD. *et al.* v. GOVERNMENT OF SASKATCHEWAN, 576.

3. Accused acquitted on summary conviction charge – Failure of Crown to pursue appeal by way of trial de novo within prescribed period – Ex parte order for extension of time – District Court judge deprived of jurisdiction to make extension order.

NEAL v. ATTORNEY GENERAL (SASK.) *et al.*, 624.

PUBLIC UTILITIES

Permits to remove propane from Alberta granted to appellant by Energy Resources Conservation Board – Jurisdiction of Public Utilities Board to infringe upon permits –

PUBLIC UTILITIES—Concluded

Allocation plan requiring owners of certain gas utilities including appellant to supply propane to Alberta market upon terms imposed by Utilities Board – Board correct as matter of law in taking into account appellant's production of propane in a mix gathered for removal from Alberta – Compliance by Utilities Board with s. 8 of The Administrative Procedures Act, R.S.A. 1970, c. 2 – The Gas Resources Preservation Act, R.S.A. 1970, c. 157 – The Gas Utilities Act, R.S.A. 1970, c. 158, s. 27(e).

DOME PETROLEUM LTD. v. PUBLIC UTILITIES BOARD (ALBERTA) et al., 822.

REAL PROPERTY

Unpatented Crown land – Caveat claiming interest by way of aboriginal rights – Filing of caveat against unpatented Crown lands not permitted – Land Titles Act, R.S.C. 1970, c. L-4, ss. 2, 35, 48, 49, 54, 56, 95, 134(2).

PAULETTE et al. v. THE QUEEN, 628.

SALE

1. Resolatory clause – Contractor's privilege – Promissory note signed by the seller not constituting a renunciation – Question of fact.

STENDEL v. MOIDEL et al., 256.

2. Resolatory clause – Contractor's privilege – Obligation signed by the seller not constituting a renunciation – Question of fact.

MECO ELECTRIC INC. v. LAWRENCE, 264.

SALES TAX

Machinery – Purchase under instalment contract – Tax payable with instalments – Machinery subsequently exempt from tax – No right to recover tax already paid – Excise Tax Act, R.S.C. 1952, c. 100, s. 30 as amended.

PRICE (NFLD.) PULP & PAPER LTD. v. THE QUEEN, 36.

STATUTES

Interpretation – Ambiguity – Legislative history – Statutory remission of sentence – Revocation of parole – Penitentiary Act, 1960-61 (Can.), c. 53, s. 22 (now R.S.C. 1970, c. P-6, s. 22) – Parole Act, 1958 (Can.), c. 38, (now R.S.C. 1970, c. P-2), ss. 16, 21 as amended by R.S.C. 1970 (1st Supp.) c. 31.

HOWLEY v. DEPUTY ATTORNEY GENERAL OF CANADA, 45.

STATUTES

1.—Act to revise and consolidate the Charter of the City of Montreal, 1959-60 (Que.), c. 102, arts. 1088, 1170 849
See: MUNICIPAL LAW

2.—Administrative Procedures Act, R.S.A. 1970, c. 2, s.8. 822
See: PUBLIC UTILITIES

3.—Assessment Equalization Act, R.S.B.C. 1960, c. 18, s. 37(1). 623
See: ASSESSMENT

4.—Automobile Insurance Act, 1973 (B.C.), c. 6 504
See: CONSTITUTIONAL LAW

5.—B.N.A. Act, 1867, s. 101 654
See: COURTS

6.—Bar Act, 1966-67 (Que.), c. 77 414
See: ADMINISTRATIVE LAW

7.—Bedford Service Commission Act, 1953 (N.S.), c. 73 as amended, ss. 5(c), (f), (h), 25(4). 269
See: ADMINISTRATIVE LAW

8.—Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, ss. 21(5), 49. 456
See: BILLS OF EXCHANGE

9.—Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, ss. 10, 51. 554
See: BILLS OF EXCHANGE

10.—British North America Act, ss. 91(2), (27), 92(13), (16) and 101. 134
See: CONSTITUTIONAL LAW

11.—British North America Act, 1867, ss. 92, 101. 384
See: COSTS

12.—British North America Act, 1867, s. 96. 872
See: ASSESSMENT

13.—British North America Act, s. 91(2A). 996
See: CONSTITUTIONAL LAW

14.—British North America Act, 1867, s. 101 1054
See: COURTS

15.—Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, s. 19. 740
See: APPEAL

16.—Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 17, 20, 21, 22. 97
See: CRIMINAL LAW

17.—Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 17, 20, 21, 22. 97
See: STATUTORY INSTRUMENTS

18.—Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 4(5). 277
See: CRIMINAL LAW

19.—Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 9(2). 748
See: CRIMINAL LAW

STATUTES—Continued

20.—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 184(3)(a)(i), 187, 188.	112
<i>See: LABOUR RELATIONS</i>	
21.—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 1, 2, 27, 80, 108 and 109, 1972 (Can.), c. 18, Preamble	729
<i>See: LABOUR LAW</i>	
22.—Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9 (am. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 27, s. 3(2)), ss. 727, 730.	97
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
23.—Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9 (am. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 27, s. 3(2)), ss. 727, 730.	97
<i>See: STATUTORY INSTRUMENTS</i>	
24.—Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19, s. 10.	198
<i>See: HUSBAND AND WIFE</i>	
25.—Capital cost allowance under the Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148.	207
<i>See: CONTRACTS</i>	
26.—Carriage by Air Act, R.S.C. 1970, c. C-14, Schedule I (Warsaw Convention), Arts. 3 and 4 and Schedule III (Hague Protocol), Arts. 3(1)(c), 3(2), 4(1)(c) and 22.	793
<i>See: AIR LAW</i>	
27.—Charter of the City of Montreal, 1960, 1959-60 (Que.), c. 102 as amended, ss. 818, 827.	1090
<i>See: MUNICIPAL LAW</i>	
28.—Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193, s. 593.	67
<i>See: MUNICIPAL LAW</i>	
29.—Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193, ss. 485 and 486.	1090
<i>See: MUNICIPAL LAW</i>	
30.—Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193, ss. 421, 439, 440, 441, 442, 445 and 446.	1132
<i>See: MUNICIPAL LAW</i>	
31.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 215(3).	13
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
32.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237.	85
<i>See: MOTOR VEHICLES</i>	
33.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 577(3), 613.	121
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
34.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 7(3), 17, 21(2).	189
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
35.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1), (4), 618(2).	277
<i>See: APPEAL</i>	
36.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 142 (now repealed).	355
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	

STATUTES—Continued

37.—Criminal Code, s. 423(1)(d).	523
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
38.—Criminal Code, ss. 295 and 303.	665
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
39.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 214(2), 218(1) (am. 1973, c. 38).	680
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
40.—Criminal Code, s. 212.	805
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
41.—Criminal Code, ss. 21, 307, 613(1)(b)(iii) and 623(1).	832
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
42.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, 475(1).	1067
<i>See: EXTRADITION</i>	
43.—Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1974-75-76, c. 105.	680
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
44.—Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11.	179
<i>See: DIVORCE</i>	
45.—Estate Tax Act, 1958 (Can.), c. 29, ss. 2, 3, 3(1)(f) and 58.	812
<i>See: TAXATION</i>	
46.—Excise Tax Act, R.S.C. 1952, c. 100, s. 30 as amended.	36
<i>See: SALES TAX</i>	
47.—Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 10(1), 13, 18.	1067
<i>See: EXTRADITION</i>	
48.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 22(a), 43, 44.	422
<i>See: MARITIME LAW</i>	
49.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 46(1)(a).	566
<i>See: PRACTICE</i>	
50.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17.	654
<i>See: COURTS</i>	
51.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 23.	1054
<i>See: COURTS</i>	
52.—Federal Court Rules, Rule 307.	422
<i>See: MARITIME LAW</i>	
53.—Federal Court Rules, Rules 5 and 465(1)(c).	566
<i>See: PRACTICE</i>	
54.—Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 34(1).	523
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
55.—Gas Resources Preservation Act, R.S.A. 1970, c. 157.	822
<i>See: PUBLIC UTILITIES</i>	

STATUTES—Continued

56.—Gas Utilities Act, R.S.A. 1970, c. 158, s. 27(e).....	822
<i>See: PUBLIC UTILITIES</i>	
57.—Immigration Appeal Board Act, R.S.C. 1970, c. I-3, as amended by 1973-74 (Can.), c. 28, ss. 2, 11, 22.....	602
<i>See: IMMIGRATION</i>	
58.—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 76.....	522
<i>See: TAXATION</i>	
59.—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 83, as amended by 1965 (Can.), c. 18, s. 19.....	1008
<i>See: INCOME TAX</i>	
60.—Indian Act, 1951 (Can.), c. 29, ss. 2, 73.....	897
<i>See: INDIANS</i>	
61.—Insurance Act, R.S.Q. 1964, c. 295, s. 240.....	1036
<i>See: INSURANCE</i>	
62.—Insurance Corporation of British Columbia Act, 1973 (B.C.), c. 44.....	504
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	
63.—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 24(1).	112
<i>See: LABOUR RELATIONS</i>	
64.—Interpretation Act, R.S.S. 1965, c. 1, s. 7.....	238
<i>See: CROWN</i>	
65.—Interpretation Act, R.S.Q. 1964, c. 1, ss. 52, 61..	849
<i>See: MUNICIPAL LAW</i>	
66.—Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141, ss. 1(g) 81, 88, 89.....	537
<i>See: LABOUR LAW</i>	
67.—Land Titles Act, R.S.C. 1970, c. L-4, ss. 2, 35, 48, 49, 54, 56, 95, 134(2).....	628
<i>See: REAL PROPERTY</i>	
68.—Land Titles Act, R.S.O. 1970, c. 234 as amended, ss. 78(1), (2), 79(1), 85(5), 91, 94.....	915
<i>See: LAND TITLES</i>	
69.—Mechanics' Lien Act, R.S.S. 1965, c. 277, as amended by 1971, c. 30, s. 3.....	238
<i>See: MECHANICS' LIENS</i>	
70.—Mechanics' Lien Act, 1973 (Sask.), c. 62.....	238
<i>See: MECHANICS' LIENS</i>	
71.—Mechanics' Lien Act, R.S.N.S. 1967, c. 178, ss. 1(a), (d), 5, 10, 11, 12.....	762
<i>See: MECHANICS' LIENS</i>	
72.—Mineral Taxation Act, R.S.S. 1965, c. 64, ss. 25A, 28A [enacted 1973-74, c. 65].....	576
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	
73.—Mining Tax Act, R.S.O. 1960, c. 242 (now R.S.O. 1970, c. 275).....	384
<i>See: TAXATION</i>	
74.—Mining Tax Act, R.S.O. 1960, c. 242, s. 10(6).....	384
<i>See: COSTS</i>	
75.—Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, s. 492.....	620
<i>See: MUNICIPAL CORPORATIONS</i>	

STATUTES—Continued

76.—Municipal Aid Prohibition Act, R.S.Q. 1964, c. 176, s. 1.....	67
<i>See: MUNICIPAL LAW</i>	
77.—Municipal Commission Act, R.S.Q. 1964, c. 170, s. 24.....	67
<i>See: MUNICIPAL LAW</i>	
78.—Municipal Taxation Act, R.S.A. 1970, c. 251, s. 45(1)(e).....	872
<i>See: ASSESSMENT</i>	
79.—Municipal Works Act, R.S.Q. 1964, c. 177, ss. 1 and 5.....	67
<i>See: MUNICIPAL LAW</i>	
80.—National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 55 and 120 (as amended).....	665
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
81.—Northwest Territories Act, R.S.C. 1970, c. N-22, s. 13.....	729
<i>See: LABOUR LAW</i>	
82.—Order in Council P.C. 6015, November 12, 1951..	897
<i>See: INDIANS</i>	
83.—Parole Act, 1958 (Can.), c. 38, (now R.S.C. 1970, c. P-2), ss. 16, 21 as amended by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 31.....	45
<i>See: STATUTES</i>	
84.—Parole Act, as amended by 1968-69 (Can.), c. 38, s. 101(1), (2).....	293
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
85.—Penitentiary Act, 1960-61 (Can.), c. 53, s. 22 (now R.S.C. 1970, c. P-6, s. 22).....	45
<i>See: STATUTES</i>	
86.—Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 13(7)(a).	412
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
87.—Post Office Act, R.S.C. 1970, c. P-14, s. 41.....	849
<i>See: MUNICIPAL LAW</i>	
88.—Potash Reserve Tax Regulations, 1974.....	576
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	
89.—Proceedings against the Crown Act, R.S.S. 1965, c. 87, s. 5 (7).....	576
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	
90.—Public Works Act, R.S.C. 1970, c. P-38, s. 16(1).	654
<i>See: COURTS</i>	
91.—Real Estate Assessment Act, 1971 (Qué.), c. 50, ss. 1(q), 8, 10.....	1090
<i>See: MUNICIPAL LAW</i>	
92.—School Act, R.S.A. 1970, c. 329, ss. 60, 61, 63(4), 64.....	872
<i>See: ASSESSMENT</i>	
93.—Statutory Instruments Act, 1970-71-72 (Can.), c. 38, ss. 6, 11, 23, 27.....	97
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	

STATUTES—Concluded

94.—Statutory Instruments Act, 1970-71-72 (Can.), c. 38, ss. 6, 11, 23, 27.....	97
<i>See: STATUTORY INSTRUMENTS</i>	
95.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 49....	384
<i>See: COSTS</i>	
96.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, amended by 1974-75-76 (Can.), c. 18, ss. 38, 39, 41, 44 and 47.....	414
<i>See: APPEAL</i>	
97.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41 (enacted 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 5).....	740
<i>See: APPEAL</i>	
98.—Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 7, 53, 55.....	134
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	
99.—Trustee Act, R.S.B.C. 1960, c. 390, s. 98.....	302
<i>See: TRUSTS AND TRUSTEES</i>	
100.—Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, s. 4(1)(c).....	996
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	

STATUTORY INSTRUMENTS

Statutory offence – Proof of regulation – Judicial notice – Oil Pollution Prevention Regulations, P.C. 1971-2005, SOR/71-495 – Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9 (am. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 27, s. 3(2)), ss. 727, 730 – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 17, 20, 21, 22 – Statutory Instruments Act, 1970-71-72 (Can.), c. 38, ss. 6, 11, 23, 27.

R. v. “EVGENIA CHANDRIS”, 97.

TAXATION

1. Mines and minerals – Mining tax – Right to consolidate three mining locations – Right to claim depreciation – Deductibility of pre-production expenses – The Mining Tax Act, R.S.O. 1960, c. 242 (now R.S.O. 1970, c. 275).

MINISTER OF MINES AND NORTHERN AFFAIRS (ONTARIO) v. SHERIDAN GEOPHYSICS LTD. *et al.*, 384.

2. Income Tax – Contribution by an employer to a pension plan – No “obligations of the fund or plan to the employees” – Deduction disallowed – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 76.

CAM GARD SUPPLY LTD. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 522.

3. Estate tax – Regime of community of acquests – Death of one spouse – Property does not pass to the surviving spouse – Deceased not competent to dispose of the property – Estate Tax Act, 1958 (Can.), c. 29, ss. 2, 3, 3(1)(f) and 58.

MINISTER OF NATIONAL REVENUE v. SIMON *et al.*, 812.

TRUSTS AND TRUSTEES

Speculative shares received by co-trustees in exchange for shares owned by testator – Failure to sell shares in timely fashion – Disastrous results – Breach of trust – Damages – Co-trustee acting honestly and reasonably in circumstances – Co-trustee relieved of liability – Trustee Act, R.S.B.C. 1960, c. 390, s. 98.

FALES *et al.* v. CANADA PERMANENT TRUST CO., 302.

UNJUST ENRICHMENT

Conditions of application – Action de in rem verso – Civil Code, arts. 1041, 1042, 1057 and 2613.

CIE IMMOBILIÈRE VIGER LTÉE v. GIGUÈRE INC., 67.

INDEX

APPEL

1. Rôle de la Cour d'appel – Crédibilité des témoins – Aucune erreur commise par le juge de première instance.

MACNEILL *et al.* C. BRIAU, 205.

2. Acquittement au procès – Erreur de droit – Nouveau procès ordonné – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 613(1), (4), 618 (2).

VÉZEAU C. LA REINE, 277.

3. Compétence de la Cour suprême – Autorisation d'appel des jugements interlocutoires – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, modifié par 1974-75-76, (Can.), c.18, art. 38, 39, 41, 44 et 47.

BARREAU DU QUÉBEC C. STE-MARIE, 414.

4. Déclaration de la police admise en preuve – Autorisation d'appel refusée sur la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit à l'égard de la demande de «voir dire».

LAVALLEE C. LA REINE, 626.

5. Décision du Conseil annulée par la Cour d'appel fédérale – Autorisation d'appeler accordée par la Cour suprême – Disparition du motif d'appel – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 41 (promulgué par 1974-75-76 (Can.), c. 18, art. 5) – Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, c. B-11, art. 19.

CANADIAN CABLESYSTEMS (ONTARIO) LTD. C. ASSOCIATION DES CONSOMMATEURS DU CANADA *et autres*, 740.

6. Conclusions sur les faits du juge de première instance infirmées – Justification sérieuse exigée.

HOYT *et autres* C. SOCIÉTÉ DE DÉVELOPPEMENT DU GRAND LAC *et autres*, 907.

ASSURANCE

1. Assurance automobile – Accident – Prestations d'invalidité – Clause restrictive – Interprétation – Règle contra proferentem inapplicable – Exclusion d'une personne «en droit de recevoir des prestations en vertu de la législation sur les accidents de travail» – Est-elle applicable à un assuré qui n'a pas réclamé de prestations au titre d'un accident du travail?

MADILL C. CHU, 400.

2. Assurance responsabilité – Faute de l'assuré – Cas de négligence ordinaire – Validité du recours en garantie contre l'assureur.

EMPLOYERS' LIABILITY ASSURANCE CORP. LTD. *et al.* C. FOUNDATION CO. OF CANADA LTD., 413.

3. Incendie – Locataire – Intérêt assurable – Obligation contractuelle d'assurer la chose – Condition statutaire 10a de la

ASSURANCE—Fin

police – Sens du mot «possédée» – Loi des assurances, S.R.Q. 1964, c. 295, art. 240 – Code civil, art. 2571.

COMMERCE & INDUSTRY INSURANCE CO. *et autres* C. WEST END INVESTMENT CO., 1036.

4. Responsabilité professionnelle – Fausses déclarations – Réponses non pertinentes – Non-connaissance de la situation réelle par l'assureur – Question de «matérialité» – Code civil, art. 2487, 2488, 2489 et 2490.

FIDELITY AND CASUALTY CO. OF NEW YORK C. GENERAL STRUCTURES INC., 1098.

CODE CIVIL

1.—Articles 57, 85 et 1013	858
<i>Voir: EXCEPTION DÉCLINATOIRE</i>	
2.—Articles 116, 139, 141, 142, 163, 164, 2202.....	342
<i>Voir: DROIT MATRIMONIAL</i>	
3.—Articles 212, 213.....	179
<i>Voir: DIVORCE</i>	
4.—Articles 1041, 1042, 1057, 2613.....	67
<i>Voir: ENRICHISSEMENT SANS CAUSE</i>	
5.—Article 1053.....	554
<i>Voir: LETTRES DE CHANGE</i>	
6.—Article 1053.....	1112
<i>Voir: VÉHICULES AUTOMOBILES</i>	
7.—Article 1234.....	55
<i>Voir: CONTRATS</i>	
8.—Articles 1478, 2098.....	1118
<i>Voir: EXPROPRIATION</i>	
9.—Articles 2487, 2488, 2489 et 2490.....	1098
<i>Voir: ASSURANCE</i>	
10.—Article 2571.....	1036
<i>Voir: ASSURANCE</i>	

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

1.—Articles 2, 55, 453.....	1132
<i>Voir: PROCÉDURE CIVILE</i>	
2.—Articles 6, 8, 165(4).....	849
<i>Voir: DROIT MUNICIPAL</i>	
3.—Articles 9, 68, 152, 161, 163, 164, 168 et 170.....	858
<i>Voir: EXCEPTION DÉCLINATOIRE</i>	
4.—Articles 68, 70.....	198
<i>Voir: MARI ET FEMME</i>	
5.—Article 167.....	537
<i>Voir: DROIT DU TRAVAIL</i>	

CODE DE PROCÉDURE CIVILE—Fin

- 6.—Article 797 (ancien) 1118
Voir: EXPROPRIATION
- 7.—Articles 846 à 850..... 414
Voir: DROIT ADMINISTRATIF
- 8.—Articles 846 à 850..... 568
Voir: DROIT DU TRAVAIL

CONTRATS

1. Stipulation de non-concurrence – Clause pénale – Interprétation du contrat s'inférant de la conduite des parties – Preuve testimoniale – Code civil, art. 1234.

TRUDEAU C. COCHRANE, 55.

2. Vente d'une entreprise – Vente d'actions – Garantie relative à l'amortissement effectué dans l'évaluation des actifs – Interprétation – «Amortissement» – Allocation du coût en capital en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148.

CANNING C. C.F.M. FUELS (ONT.) LTD., 207.

3. Lien contractuel – Conventions écrites pour l'aménagement de terrains – Contrepartie – Requête de non-lieu accueillie en première instance.

INTERNATIONAL AIRPORT INDUSTRIAL PARK LTD. C. TANENBAUM *et al.*, 326.

4. Accord de financement par hypothèque – Vente et cession-bail avec hypothèque – Promoteur agissant «comme son propre entrepreneur» – Privilèges de constructeur – Priorité de rang entre le titulaire du privilège et le créancier hypothécaire – La compagnie d'assurances est-elle devenue «un propriétaire» à la suite d'un accord de financement par hypothèque entre elle et le promoteur? – The Mechanics' Lien Act, R.S.N.S. 1967, c. 178, art. 1a), d), 5, 10, 11, 12.

NORTHERN ELECTRIC CO. LTD. *et autres* C. CIE ASSURANCE-VIE MANUFACTURERS, 762.

5. Disposition prévoyant un ajustement du prix en cas de modification des impôts – Interprétation – Portée de la disposition – Applicabilité aux modifications d'impôts étrangers – Applicabilité à l'augmentation du prix coûtant par les compagnies associées – Applicabilité à des droits et impôts canadiens – Droits sur l'importation – Caisse des réclamations de la pollution maritime.

IMPERIAL OIL LTD. C. NOVA SCOTIA LIGHT AND POWER CO. LTD., 817.

COURONNE

Conseil d'administration de l'hôpital établi par la South Saskatchewan Hospital Centre Act, R.S.S. 1965, c. 254 – Sous-traitant non payé – Le Conseil n'est pas un mandataire de la Couronne – Aucun obstacle à l'exercice de la charge grevant la retenue – Interpretation Act, R.S.S. 1965, c. 1, art. 7.

WESTEEL-ROSCO LTD. C. BOARD OF GOVERNORS OF SOUTH SASKATCHEWAN HOSPITAL CENTRE, 238.

DÉPENS

La loi provinciale interdit l'adjudication à l'encontre de la Couronne des dépens relatifs aux procédures instituées devant le commissaire aux mines – Pouvoir de la Cour d'appel de dernier ressort d'adjuger les dépens relatifs aux procédures instituées devant les tribunaux d'instance inférieure et devant le commissaire aux mines – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 49 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 92, 101 – The Mining Tax Act, R.S.O. 1960, c. 242, art. 10(6).

MINISTRE DES MINES ET DES AFFAIRES DU NORD (ONTARIO) C. SHERIDAN GEOPHYSICS LTD. *et al.*, 384.

DIVORCE

Ordonnance prévoyant des mesures accessoires – Silence des jugements conditionnel et irrévocable – Ordonnance provisoire – Requête présentée deux mois après le jugement irrévocable – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, c. D-8, art. 11, – Code civil, art. 212, 213.

VADEBONCOEUR C. LANDRY, 179.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Manque de preuve quant au montant des dommages – Rejet de l'action injustifié – Il aurait fallu renvoyer l'affaire au juge de première instance pour entendre une preuve supplémentaire.

HOYT *et autres* C. SOCIÉTÉ DE DÉVELOPPEMENT DU GRAND LAC *et autres*, 907.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Pratique – Action collective – Qualité pour agir – Agences du gouvernement provincial – Organismes créés par la loi – Qualité pour instituer une action déclaratoire – Les questions soulevées dans la déclaration donnent-elles ouverture à une action? – Bedford Service Commission Act, 1953 (N.-É.), c. 73, et ses modifications, art. 5c), f), h) et 25(4).

BEDFORD SERVICE COMM'N. C. P.G. (N.É.) *et al.*, 269.

2. Bref d'évocation – Appel au Conseil de discipline du Barreau – Continuation d'une séance du Conseil – Membres présents demeurant saisis de l'appel – Loi du Barreau, 1966-67 (Qué.), c. 77 – Code de procédure civile, art. 846 à 850.

BARREAU DU QUÉBEC C. STE-MARIE, 414.

DROIT AÉRIEN

Décès d'un passager et perte de bagages – Clause de limitation de responsabilité du transporteur – Avis non conforme aux exigences du protocole de la Haye – Loi sur le transport aérien, S.R.C. 1970, c. C-14, annexe 1 (Convention

DROIT AÉRIENS—Fin

de Varsovie), art. 3, 4 et annexe III (Protocole de la Haye), art. 3(1)c), 3(2), 4(1)c), 22.

MONTREAL TRUST CO. *et autres* c. LIGNES AÉRIENNES CANADIEN PACIFIQUE, LTÉE, 793.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Loi fédérale traitant de pratiques malhonnêtes en matière commerciale et prévoyant un recours civil – Ne relève pas de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, de réglementation des échanges et du commerce ou d'exécution d'obligations découlant d'un traité international – Mesure législative sur la propriété et les droits civils – Compétence de la Cour fédérale – Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, c. T-10, art. 7, 53, 55 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(2), (27), 92(13), (16) et 101.

MACDONALD *et al.* c. VAPOR CANADA LTD., 134.

2. Législation provinciale instaurant un régime d'assurance-automobile obligatoire et universel – Validité de la législation – Automobile Insurance Act, 1973 (B.C.), c. 6 – Insurance Corporation of British Columbia Act, 1973 (B.C.), c. 44.

CANADIAN INDEMNITY CO. *et al.* c. PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE, 504.

3. Attente d'une décision sur la validité d'une législation fiscale – Loi interdisant des procédures contre la Couronne relativement à toute chose faite ou omise en vertu d'une législation ultra vires – Loi invalide dans la mesure où elle vise à empêcher le recouvrement d'impôts payés en vertu d'une législation ultra vires – The Mineral Taxation Act, R.S.S. 1965, c. 64, art. 25A, 28A [promulguée 1973-74, c. 65] – The Proceedings against the Crown Act, R.S.S. 1965, c. 87, par. 5(7) – The Potash Reserve Tax Regulations, 1974.

AMAX POTASH LTD. *et al.* c. GOUVERNEMENT DE LA SASKATCHEWAN, 576.

4. Assurance-chômage – Emploi assurable résultant d'un contrat de louage de services – Règlements étendant la portée de l'emploi assurable – Loi sur l'assurance-chômage, 1955 (Can.), c. 50, art. 26(1)d) – Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), c. 48, art. 4(1)c) – Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(2A).

MARTIN SERVICE STATION LTD. c. MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 996.

DROIT CRIMINEL

1. Meurtre non qualifié – Moyens de défense – Ivresse – Provocation – Accusé agressif et ivre – Accusé escortant la victime à l'extérieur pour se battre – La victime avait donné un coup de pied à l'accusé avant que ce dernier ne l'abatte – Poids de la preuve de la provocation – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, par. 215(3).

R. c. SQUIRE, 13.

2. Preuve – Législation par pouvoir délégué – Preuve de la législation par pouvoir délégué – Connaissance d'office –

DROIT CRIMINEL—Suite

Règlement sur la prévention de la pollution par les hydrocarbures, C.P. 1971-2005, DORS/71-495 – Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, c. S-9 (mod. S.R.C. 1970, (2^e Supp.), c. 27, par. 3(2)), art. 727 et 730 – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 17, 20, 21 et 22 – Loi sur les textes réglementaires, 1970-71-72 (Can.), c. 38, art. 6, 11, 23 et 27.

R. c. "EVGENIA CHANDRIS", 97.

3. Droit à l'assistance d'un avocat – Demande d'ajournement – Discrétion du juge – Préjudice subi par l'inculpé – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 577 (3), 613.

BARRETTE c. LA REINE, 121.

4. Meurtre non qualifié – Contrainte – Menaces de mort ou de lésions corporelles graves – «Partie à l'infraction» – «Intention commune» – Complicité sous contrainte – L'accusé peut invoquer la défense fondée sur la contrainte – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 7(3), 17 et 21(2).

PAQUETTE c. LA REINE, 189.

5. Appel – Jury – Récusation motivée – Exercice de son pouvoir discrétionnaire par le juge de première instance relativement à des récusations motivées – Moyens de défense – Ivresse.

HUBBERT c. LA REINE, 267.

6. Preuve – Défense d'alibi – Abstention de l'accusé de témoigner – Directives au jury – Mention par le juge qu'aucune conclusion défavorable à l'accusé ne peut être tirée de cette abstention – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 4(5).

VÉZEAU c. LA REINE, 277.

7. Surveillance obligatoire – Suspension de la surveillance obligatoire pour infraction ultérieure – Condamnation à une peine de vingt et un mois à purger simultanément à la peine de huit ans – Applicabilité de la surveillance obligatoire – Date d'entrée en vigueur de la sentence par rapport à la date d'entrée en vigueur de la loi – Loi sur la libération conditionnelle de détenus, mod. par 1968-69 (Can.), c. 38, par. 101(1), (2).

BEAUCAGE c. P.G. (CAN.), 293.

8. Appel – Motifs de dissidence non spécifiés dans un jugement formel de la Cour d'appel – L'omission n'est pas fatale à la compétence de la Cour suprême du Canada d'entendre le pourvoi.

WARKENTIN *et al.* c. LA REINE, 355.

9. Viol – Corroboration – La preuve est-elle susceptible de corroborer la version de la plaignante? – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 142 (maintenant abrogé).

WARKENTIN *et al.* c. LA REINE, 355.

10. Directives au jury – Mention par le juge d'admissions faites lors des plaidoiries – Pas d'erreur dans les directives.

PARENTEAU c. LA REINE, 399.

11. Légalité d'une détention – Mandat de dépôt non nécessaire – Certificat de condamnation suffisant – Habeas

DROIT CRIMINEL—Suite

corpus – Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, c. P-6, art. 13(7) a).

LEWIS C. DIRECTEUR DE L'ÉTABLISSEMENT ARCHAMBAULT, 412.

12. Détenu d'un pénitencier frappant un instructeur, causant ainsi sa mort – Accusation de meurtre punissable de la peine de mort – Défense d'aliénation mentale – Appel contre la déclaration de culpabilité rejeté par la Cour d'appel – Question de la suffisance de l'exposé du juge du procès au jury – Déclaration de culpabilité annulée et nouveau procès ordonné par la Cour suprême.

PÉLOQUIN C. LA REINE, 503.

13. Complot – Exposé au jury – Erreurs importantes dans l'exposé – Nouveau procès ordonné.

THÉRIAULT *et al.* C. LA REINE, 520.

14. – Complot – Complot de faire le trafic d'une drogue contrôlée – Preuve établissant le complot – Faits constituant le complot de faire le trafic – Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, c. F-27, par. 34(1) – Code criminel, art. 423(1)d).

SOKOLOSKI C. LA REINE, 523.

15. Accusation de possession illégale d'héroïne en vue de faire le trafic – Alibi fourni par l'accusé après la plaidoirie du ministère public – Ministère public autorisé à produire la preuve contraire – Preuve contraire jugée irrecevable par le juge du procès – La Cour d'appel statue que le refus du juge du procès d'admettre la preuve contraire était une erreur de droit – Accusément annulé et nouveau procès ordonné.

MCRITCHIE C. LA REINE, 600.

16. Viol – Corroboration – L'un des deux accusés nie avoir eu des rapports sexuels avec la plaignante – L'ensemble de la preuve ainsi que l'état de désarroi de la plaignante corroborent la version de cette dernière impliquant chacun des accusés.

MURPHY *et al.* C. LA REINE, 603.

17. Dénonciation – Prétendue nullité invoquée pour la première fois en Cour d'appel – La Cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'examiner la validité de la dénonciation.

R. C. ANDERSON, 621.

18. Introduction par effraction – Réelle ou présumée – Sens et champ d'application de l'art. 308b(ii) du Code criminel – Différences entre les art. 306 et 307.

JOHNSON C. LA REINE, 646.

19. Procès – Preuve de l'intention criminelle – Défense – Absence d'intention – Témoignage d'un psychiatre relativement à l'incapacité de former une intention – Accusé déclaré coupable sans qu'aucun motif ne soit donné – Le juge de première instance n'a pas fourni de motif – Code criminel, art. 295 et 303 – Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 55 et 120 (et ses modifications).

MACDONALD C. LA REINE, 665.

20. Meurtre d'un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions – Sentence de mort impérative – La peine de mort ne constitue pas une peine cruelle ou inusitée au sens du par. 2b) de la Déclaration canadienne des droits, 1960 (Can.), c. 44 – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 214(2), 218(1), (mod.

DROIT CRIMINEL—Fin

1973, c. 38) – Loi modifiant le droit pénal (n° 2), 1974-75-76, c. 105.

MILLER *et al.* C. LA REINE, 680.

21. Meurtre qualifié – Procès – Directives au jury – Erreurs dans les directives – Preuve indirecte.

AMBROSE C. LA REINE, 717.

22. Meurtre – Procès devant un juge sans jury – Application à des éléments particuliers de la preuve d'une norme plus rigoureuse que celle exigée – Exercice convenable du pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 9(2) de la Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10.

STEWART C. LA REINE, 748.

23. Meurtre – Réduction possible à homicide involontaire coupable – Négligence criminelle – Directives adéquates données au jury – Code criminel, art. 212.

CHARBONNEAU C. LA REINE, 805.

24. Preuve – Admissibilité de la contre-preuve – Preuve psychiatrique sur la possibilité qu'un tiers ait commis l'infraction – Restrictions quant à l'admissibilité et la pertinence – Droit du ministère public de contre-interroger – Droit du ministère public de produire une contre-preuve de même nature ou du même genre.

MCMILLAN C. LA REINE, 824.

25. Meurtre – Les coups de feu meurtriers n'ont pas été tirés par l'appelant – Responsabilité à titre de partie aux infractions – Erreur possible dans les directives au jury – Verdict de culpabilité inévitable – Pas de réduction à homicide involontaire coupable – Code criminel, art. 21, 307, 613(1)b)(iii) et 623(1).

MACDONALD C. LA REINE, 832.

DROIT DU TRAVAIL

1. Accident de travail – Mise à pied d'un employé blessé – Dommages et réintégration demandés par l'employé à la Cour supérieure – Exception déclinatoire – Droits découlant de la convention collective – Grief au sens du Code du travail – Droits ne pouvant être réclamés que par la procédure du grief – Code de procédure civile, art. 167 – Code du travail, S.R.Q. 1964, c. 141, art. 1g), 81, 88, 89.

GENERAL MOTORS OF CANADA LTD. C. BRUNET, 537.

2. Avis de non-renouvellement donné à un professeur de CEGEP – Priorité d'emploi non respectée – Arbitrage – Réintégration ordonnée – La convention collective muette sur l'étendue des pouvoirs du tribunal d'arbitrage – Code de procédure civile, art. 846 à 850.

SYNDICAT DES PROFESSEURS DU CEGEP VIEUX-MONTRÉAL *et al.* C. CEGEP VIEUX-MONTRÉAL, 568.

3. Syndicat – Accréditation – Employés municipaux des territoires du Nord-Ouest – Signification de «entreprise fédérale» – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, c. L-1, art. 1, 2,

DROIT DU TRAVAIL—Fin

27, 80, 108 et 109, 1972 (Can.), c. 18, Préambule – Loi sur les territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1970, c. N-22, art. 13.

CONSEIL CANADIEN DES RELATIONS DU TRAVAIL *et autre* c. YELLOWKNIFE, 729.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Divorce – Reconnaissance d'un jugement étranger – Compétence – Fraude dans l'obtention du divorce – La fraude porte sur le fond du litige – Fraude affectant la compétence du tribunal.

POWELL C. COCKBURN, 218.

DROIT MARITIME

Compétence in rem et in personam – Saisie du navire au Canada – Droit international privé – Signification ex juris – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, (2^e Supp.), c. 10, art. 22 a), 43, 44 – Règles de la Cour fédérale, règle 307.

ANTARES SHIPPING CORPORATION C. LE NAVIRE «CAPRICORN» *et al.*, 422.

DROIT MATRIMONIAL

Annulation de mariage – Absence de consentement – Mariage putatif – Nullité du contrat de mariage – Maintien des avantages civils – Code civil, art. 116, 139, 141, 142, 163, 164, 2202.

PARÉ C. BONIN, 342.

DROIT MUNICIPAL

1. Conventions illégales et conventions irrégulières entre la municipalité et des tiers – Nullité – Loi de l'interdiction des subventions municipales, S.R.Q. 1964, c. 176, art. 1 – Loi des travaux municipaux, S.R.Q. 1964, c. 177, art. 1 et 5 – Loi de la Commission municipale, S.R.Q. 1964, c. 170, art. 24 – Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, c. 193, art. 593.

CIE IMMOBILIÈRE VIGER LTÉE C. GIGUÈRE INC., 67.

2. Contrats – Interprétation – Engagement par une municipalité de faire desservir une zone de réaménagement par un système d'égout – Taxe de construction d'égout imposée ultérieurement sur des immeubles neufs – Droit du promoteur de recouvrer de la municipalité le montant de la taxe.

SCOTIA SQUARE HOTEL LTD. *et al.* c. CITY OF HALIFAX, 490.

3. Action en dommages-intérêts contre une municipalité – Avis mis à la poste dans les quinze jours de l'accident et reçu le dix-septième jour – Samedi jour non férié – Délais ne commençant à courir qu'à la date de la connaissance de l'accident – Loi sur les postes, S.R.C. 1970, c. P-14, art. 41 – Loi d'interprétation, S.R.Q. 1964, c. 1, art. 52, 61 – Loi révisant et refondant la

DROIT MUNICIPAL—Fin

Charte de la Ville de Montréal, 1959-60 (Qué.), c. 102, art. 1088, 1170 – Code de procédure civile, art. 6, 8, 165(4).

MONTRÉAL C. VAILLANCOURT, 849.

4. Évaluation – Valeur réelle de réservoirs en cours de construction – Valeur de remplacement – Absence d'erreur manifeste – Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, c. 193, art. 485, 486 – Charte de la cité de Montréal, 1960, 1959-60 (Qué.), c. 102 et mod., art. 818, 827 – Loi sur l'évaluation foncière, 1971 (Qué.), c. 50, art. 1q), 8, 10.

GOLDEN EAGLE CANADA LTD. V. CORPORATION MUNICIPALE DE ST-ROMUALD D'ETCHEMIN, 1090.

5. Taxe de l'eau – Territoire non desservi – Imposition ultra vires – Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, c. 193, art. 421, 439, 440, 441, 442, 445 et 446.

DUQUET C. VILLE DE SAINTE-AGATHE-DES-MONTS, 1132.

ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

Conditions d'application – Action de in rem verso – Code civil, art. 1041, 1042, 1057, 2613.

CIE IMMOBILIÈRE VIGER LTÉE C. GIGUÈRE INC., 67.

ÉVALUATION

1. Lit du lac – Méthode arbitraire d'évaluation – Erreur de droit – Assessment Equalization Act, R.S.B.C. 1960, c. 18, par. 37(1).

PACIFIC LOGGING CO. LTD. C. COMMISSAIRE AUX ÉVALUATIONS DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE, 623.

2. Corporations – Évaluation scolaire – Répartition des taxes entre les écoles publiques et séparées – Compétence de la Cour de révision – The Municipal Taxation Act, R.S.A. 1970, c. 251, art. 45(1)e) – The School Act, R.S.A. 1970, c. 329, art. 60, 61, 63(4), 64 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 96.

JONES C. EDMONTON CATHOLIC SCHOOL DISTRICT NO. 7 *et autres*, 872.

EXCEPTION DÉCLINATOIRE

Délai de rigueur – Compétence razione personae et razione materiae – Élection de domicile – Tribunal déterminé par la convention entre les parties – Code civil, art. 57, 85 et 1013 – Code de procédure civile, art. 9, 68, 152, 161, 163, 164, 168 et 170.

ALIMPORT (EMPRESA CUBANA IMPORTADORA DE ALIMENTOS) C. VICTORIA TRANSPORT LTD., 858.

EXPROPRIATION

1. Copropriétaire indivis du terrain exproprié non partie aux procédures – Droit d'être entendu – Renonciation à l'avis écrit – Acquiescement aux procédures – Validité de l'expropriation contre tous les propriétaires.

COMMISSAIRES D'ÉCOLE DE LOUIS FRÉCHETTE C. BRETON, 1025.

2. Rétrocession – Deuxième et troisième expropriations – Certitude acquise de développement commercial après la première expropriation – Omission d'ajuster sur base correspondante – Code civil, art. 1478, 2098 – Code de procédure civile, art. 797 (ancien).

PLACE VERSAILLES INC. *et autre* C. MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, 1118.

EXTRADITION

Affidavit d'un complice – Suffisance de la preuve – Application des règles du droit criminel dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'extradition – Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, c. E-21, art. 10(1), 13, 18 – Code criminel S.R.C. 1970, c. C-34, art. 475(1).

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. SHEPHARD, 1067.

FIDUCIES ET FIDUCIAIRES

Actions spéculatives reçues par des co-fiduciaires en échange d'actions qui appartenaient au testateur – Défaut de vendre les actions en temps opportun – Conséquences désastreuses – Violation de la fiducie – Dommages-intérêts – Co-fiduciaire agissant honnêtement et raisonnablement, vu les circonstances – Co-fiduciaire exonéré de responsabilité – Trustee Act, R.S.B.C. 1960, c. 390, art. 98.

FALES *et al.* C. CANADA PERMANENT TRUST Co., 302.

FISCALITÉ

1. Mines et minéraux – Impôt minier – Droit de grouper trois sites miniers – Droit de réclamer un amortissement – Droit de déduire des dépenses engagées antérieurement à l'exploitation – The Mining Tax Act, R.S.O. 1960, c. 242 (actuellement R.S.O. 1970, c. 275).

MINISTRE DES MINES ET DES AFFAIRES DU NORD (ONTARIO) C. SHERIDAN GEOPHYSICS LTD. *et al.*, 384.

2. Impôt sur le revenu – Contribution versée par un employeur à un régime de retraite – Pas d'obligations du fonds ou du plan envers les employés – Déduction non permise – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 76.

CAM GARD SUPPLY LTD. C. MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 522.

3. Impôt sur les biens transmis par décès – Régime de la communauté d'acquêts – Décès de l'un des époux – Absence de transmission de biens à l'époux survivant – Non-habilité du de

FISCALITÉ—Fin

cujus à disposer des biens – Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès, 1958 (Can.), c. 29, art. 2, 3, 3(1)f), 58.

MINISTRE DU REVENU NATIONAL C. SIMON *et autre*, 812.

HYPOTHÈQUES

Forclusion – Pouvoir de vente attaché à l'hypothèque – Vente en vertu du pouvoir après jugement conditionnel de forclusion – Droit de rachat – Equity – L'exercice d'un recours alternatif est-il valide? – La vente est-elle nulle? – Règles de pratique, R.R.O. 1960, Reg. 396, Règle 465.

PETRANIK C. DALE *et autres*, 959.

IMMEUBLES

Biens-fonds non régis par des lettres patentes – Opposition inscrite pour revendiquer un intérêt fondé sur des droits aborigènes – Irrecevabilité d'une opposition visant des biens-fonds de la Couronne non régis par des lettres patentes – Loi sur les titres de biens-fonds, S.R.C. 1970, c. L-4, art. 2, 35, 48, 49, 54, 56, 95 et 134(2).

PAULETTE *et al.* C. LA REINE, 628.

IMMIGRATION

Définition d'un «résident permanent» – Pouvoir de la Commission d'appel de l'immigration de déterminer sa propre compétence – Pas d'obligation d'entendre l'appel au fond – Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.R.C. 1970, c. I-3, modifiée par 1973-74 (Can.), c. 28, art. 2, 11, 22.

RAE *et al.* C. MINISTRE DE LA MAIN D'OEUVRE ET DE L'IMMIGRATION, 602.

IMPÔT SUR LE REVENU

1. Dette fiscale admise – Nouvelle cotisation – Renonciation au droit d'appel – Paiement de la dette – Force obligatoire de la renonciation – Ni pression ni violence – En tout état de cause, la conduite du contribuable lui a enlevé le droit à tout redressement.

SMERCHANSKI C. MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 23.

2. Syndicat minier – Dépenses du prospecteur – Bénéfices tirés de la vente d'actions de la compagnie minière – Déductions – Conclusions concordantes sur les faits des tribunaux d'instance inférieure – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 83, modifié par 1965 (Can.), c. 18, art. 19.

GEOPHYSICAL ENGINEERING LTD. C. MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 1008.

INDIENS

Terre administrée par des chefs élus – Chefs héréditaires empêchant l'utilisation du siège du Conseil – Injonction visant à interdire que l'on en gêne l'accès – Validité du système électif – Loi sur les Indiens, 1951 (Can.), c. 29, art. 2, 73 – Décret C.P. 6015, du 12 novembre 1951.

DAVEY *et autres* c. ISAAC *et autres*, 897.

LETTRES DE CHANGE

1. Faux endossement – Chèques faits à des anciens employés – «Personne fictive» – Responsabilité de la banque – Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, c. B-5, art. 21(5), 49.

BANQUE ROYALE DU CANADA c. CONCRETE COLUMN CLAMPS (1961) LTD., 456.

2. Chèques – Encaissement au profit personnel du président de chèques tirés à l'ordre de la compagnie – Endossements non autorisés – Faute – Dommage égal au montant des chèques – Recours contre le président, la banque et son gérant – Recours non recevable contre le tireur – Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, c. B-5, art. 10, 51 – Code civil, art. 1053.

BANQUE CANADIENNE NATIONALE *et al.* c. GINGRAS, 554.

LOIS

Interprétation – Ambiguïté – Historique de la loi – Réduction statutaire de peine – Révocation de la libération conditionnelle – Loi sur les pénitenciers, 1960-61 (Can.), c. 53, art. 22 (maintenant S.R.C. 1970, c. P-6, art. 22) – Loi sur la libération conditionnelle de détenus, 1958 (Can.), c. 38 (maintenant S.R.C. 1970, c. P-2), art. 16, 21 modifié par S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), c. 31.

HOWLEY c. SOUS-PROVISEUR GÉNÉRAL DU CANADA, 45.

LOIS

1.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(2), (27), 92(13), (16) et 101..... 134

Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

2.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 92, 101..... 384

Voir: DÉPENS

3.—Acte de l'A.N.B., 1867, art. 101..... 654

Voir: TRIBUNAUX

4.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 96..... 872

Voir: ÉVALUATION

5.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(2A)..... 996

Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

LOIS—Suite

6.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 101..... 1054

Voir: TRIBUNAUX

7.—Administrative Procedures Act, R.S.A. 1970, c. 2, art. 8..... 822

Voir: SERVICES PUBLICS

8.—Allocation du coût en capital en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148..... 207

Voir: CONTRATS

9.—Assessment Equalization Act, R.S.B.C. 1960, c. 18, par. 37(1)..... 623

Voir: ÉVALUATION

10.—Automobile Insurance Act, 1973 (B.C.), c. 6..... 504

Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

11.—Bedford Service Commission Act, 1953 (N.-É.), c. 73, et ses modifications, art. 5c, f, h) et 25(4)..... 269

Voir: DROIT ADMINISTRATIF

12.—Charte de la cité de Montréal, 1960, 1959-60 (Qué.), c. 102 et mod., art. 818, 827..... 1090

Voir: DROIT MUNICIPAL

13.—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, c. L-1, art. 184(3)a)(i), 187 et 188..... 112

Voir: RELATIONS DE TRAVAIL

14.—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, c. L-1, art. 1, 2, 27, 80, 108 et 109, 1972 (Can.), c. 18, Préambule 729

Voir: DROIT DU TRAVAIL

15.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, par. 215(3)..... 13

Voir: DROIT CRIMINEL

16.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 236 et 237..... 85

Voir: VÉHICULES AUTOMOBILES

17.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 577 (3), 613..... 121

Voir: DROIT CRIMINEL

18.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 7(3), 17 et 21(2)..... 189

Voir: DROIT CRIMINEL

19.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 613(1), (4), 618 (2)..... 277

Voir: APPEL

20.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 142 (maintenant abrogé)..... 355

Voir: DROIT CRIMINEL

21.—Code criminel, art. 423(1)d)..... 523

Voir: DROIT CRIMINEL

22.—Code criminel, art. 295 et 303..... 665

Voir: DROIT CRIMINEL

23.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 214(2), 218(1) (mod. 1973, c. 38)..... 680

Voir: DROIT CRIMINEL

LOIS—Suite

24.—Code criminel, art. 212.....	805
<i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>	
25.—Code criminel, art. 21, 307, 613(1b)(iii) et 623(1).....	832
<i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>	
26.—Code criminel S.R.C. 1970, c. C34, art. 475(1). .	1067
<i>Voir: EXTRADITION</i>	
27.—Code du travail, S.R.Q. 1964, c. 141, art. 1g), 81, 88, 89.....	537
<i>Voir: DROIT DU TRAVAIL</i>	
28.—Décret C.P. 6015, du 12 novembre 1951.....	897
<i>Voir: INDIENS</i>	
29.—Gas Resources Preservation Act, R.S.A. 1970, c. 157.....	822
<i>Voir: SERVICES PUBLICS</i>	
30.—Gas Utilities Act, R.S.A. 1970, c. 158, art. 27e)..	822
<i>Voir: SERVICES PUBLICS</i>	
31.—Insurance Corporation of British Columbia Act, 1973 (B.C.), c. 44.....	504
<i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>	
32.—Interpretation Act, R.S.S. 1965, c. 1, art. 7.....	238
<i>Voir: COURONNE</i>	
33.—Land Titles Act, S.R.O. 1970, c. 234 et ses modifications, art. 78(1), (2), 79(1), 85(5), 91, 94.....	915
<i>Voir: TITRES DE PROPRIÉTÉ</i>	
34.—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, c. I-23, art. 24(1).....	112
<i>Voir: RELATIONS DE TRAVAIL</i>	
35.—Loi d'interprétation, S.R.Q. 1964, c. 1, art. 52, 61	849
<i>Voir: DROIT MUNICIPAL</i>	
36.—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 76.....	522
<i>Voir: FISCALITÉ</i>	
37.—Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès, 1958 (Can.), c. 29, art. 2, 3, 3(1)f), 58.	812
<i>Voir: FISCALITÉ</i>	
38.—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 83, modifié par 1965 (Can.), c. 18, art. 19.	1008
<i>Voir: IMPÔT SUR LE REVENU</i>	
39.—Loi de l'interdiction des subventions municipales, S.R.Q. 1964, c. 176, art. 1.....	67
<i>Voir: DROIT MUNICIPAL</i>	
40.—Loi de la Commission municipale, S.R.Q. 1964, c. 170, art. 24.....	67
<i>Voir: DROIT MUNICIPAL</i>	
41.—Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), c. 48, art. 4(1)c).....	996
<i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>	
42.—Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, c. F-27, par. 34(1).....	523
<i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>	

LOIS—Suite

43.—Loi des assurances, S.R.Q. 1964, c. 295, art. 240..	1036
<i>Voir: ASSURANCE</i>	
44.—Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, c. 193, art. 593.....	67
<i>Voir: DROIT MUNICIPAL</i>	
45.—Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, c. 193, art. 485, 486.....	1090
<i>Voir: DROIT MUNICIPAL</i>	
46.—Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, c. 193, art. 421, 439, 440, 441, 442, 445 et 446.....	1132
<i>Voir: DROIT MUNICIPAL</i>	
47.—Loi des travaux municipaux, S.R.Q. 1964, c. 177, art. 1 et 5.....	67
<i>Voir: DROIT MUNICIPAL</i>	
48.—Loi du Barreau, 1966-67 (Qué.), c. 77.....	414
<i>Voir: DROIT ADMINISTRATIF</i>	
49.—Loi modifiant le droit pénal (n° 2), 1974-75-76, c. 105.....	680
<i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>	
50.—Loi révisant et refondant la Charte de la Ville de Montréal, 1959-60 (Qué.), c. 102, art. 1088, 1170.....	849
<i>Voir: DROIT MUNICIPAL</i>	
51.—Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, c. E-21, art. 10(1), 13, 18.....	1067
<i>Voir: EXTRADITION</i>	
52.—Loi sur l'évaluation foncière, 1971 (Qué.), c. 50, art. 1q), 8, 10.....	1090
<i>Voir: DROIT MUNICIPAL</i>	
53.—Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, c. C-19, art. 10.....	198
<i>Voir: MARI ET FEMME</i>	
54.—Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.R.C. 1970, c. I-3, modifiée par 1973-74 (Can.), c. 28, art. 2, 11, 22.....	602
<i>Voir: IMMIGRATION</i>	
55.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), c. 10, art. 22 a), 43, 44.....	422
<i>Voir: DROIT MARITIME</i>	
56.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), c. 10, art. 46(1)a).....	566
<i>Voir: PRATIQUE</i>	
57.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), c. 10, art. 17.....	654
<i>Voir: TRIBUNAUX</i>	
58.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), c. 10, art. 23.....	1054
<i>Voir: TRIBUNAUX</i>	
59.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 49.....	384
<i>Voir: DÉPENS</i>	

LOIS—Suite

60.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, modifié par 1974-75-76 (Can.), c.18, art. 38, 39, 41, 44 et 47.....	414
<i>Voir: APPEL</i>	
61.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 41 (promulguée par 1974-75-76 (Can.), c. 18, art. 5).....	740
<i>Voir: APPEL</i>	
62.—Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 55 et 120 (et ses modifications).....	665
<i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>	
63.—Loi sur la libération conditionnelle de détenus, 1958 (Can.), c. 38, (maintenant S.R.C. 1970, c. P-2), art. 16, 21 modifié par S.R.C. 1970 (1 ^{er} Supp.), c. 31.....	45
<i>Voir: LOIS</i>	
64.—Loi sur la libération conditionnelle de détenus, mod. par 1968-69 (Can.), c. 38, par. 101(1), (2).....	293
<i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>	
65.—Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, c. S-9 (mod. S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), c. 27, par. 3(2)), art. 727 et 730.....	97
<i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>	
66.—Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, c. S-9 (mod. S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), c. 27, par. 3(2)) art. 727 et 730.....	97
<i>Voir: TEXTES RÉGLEMENTAIRES</i>	
67.—Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 17, 20, 21 et 22.....	97
<i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>	
68.—Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 17, 20, 21 et 22.....	97
<i>Voir: TEXTES RÉGLEMENTAIRES</i>	
69.—Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 4(5).....	277
<i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>	
70.—Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10, par. 9(2).....	748
<i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>	
71.—Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, c. B-11, art. 19.....	740
<i>Voir: APPEL</i>	
72.—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1952, c. 100, art. 30 et modifications.....	36
<i>Voir: TAXE DE VENTE</i>	
73.—Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, c. D-8, art. 11.....	179
<i>Voir: DIVORCE</i>	
74.—Loi sur le transport aérien, S.R.C. 1970, c. C-14, annexe 1 (Convention de Varsovie), art. 3, 4 et annexe III (Protocole de la Haye), art. 3(1)c), 3(2), 4(1)c), 22.....	793
<i>Voir: DROIT AÉRIEN</i>	
75.—Loi sur les Indiens, 1951 (Can.), c. 29, art. 2, 73 ..	897
<i>Voir: INDIENS</i>	

LOIS—Suite

76.—Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, c. B-5, art. 21(5), 49.....	456
<i>Voir: LETTRES DE CHANGE</i>	
77.—Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, c. B-5, art. 10, 51.....	554
<i>Voir: LETTRES DE CHANGE</i>	
78.—Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, c. T-10, art. 7, 53, 55.....	134
<i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>	
79.—Loi sur les pénitenciers, 1960-61 (Can.), c. 53, art. 22 (maintenant S.R.C. 1970, c. P-6, art. 22).....	45
<i>Voir: LOIS</i>	
80.—Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, c. P-6, art. 13(7) a).....	412
<i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>	
81.—Loi sur les postes, S.R.C. 1970, c. P-14, art. 41....	849
<i>Voir: DROIT MUNICIPAL</i>	
82.—Loi sur les territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1970, c. N-22, art. 13.....	729
<i>Voir: DROIT DU TRAVAIL</i>	
83.—Loi sur les textes réglementaires, 1970-71-72 (Can.), c. 38, art. 6, 11, 23 et 27.....	97
<i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>	
84.—Loi sur les textes réglementaires, 1970-71-72 (Can.), c. 38, art. 6, 11, 23 et 27.....	97
<i>Voir: TEXTES RÉGLEMENTAIRES</i>	
85.—Loi sur les titres de biens-fonds, S.R.C. 1970, c. L-4, art. 2, 35, 48, 49, 54, 56, 95, 134(2).....	628
<i>Voir: IMMEUBLES</i>	
86.—Loi sur les travaux publics, S.R.C. 1970, c. P-38, par. 16(1).....	654
<i>Voir: TRIBUNAUX</i>	
87.—Mechanics' Lien Act, R.S.S. 1965, c. 277, modifiée par 1971, c. 30, art. 3.....	238
<i>Voir: PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR</i>	
88.—Mechanics' Lien Act, 1973 (Sask.), c. 62.....	238
<i>Voir: PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR</i>	
89.—Mechanics' Lien Act, R.S.N.S. 1967, c. 178, art. 1a), d), 5, 10, 11, 12.....	762
<i>Voir: PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR</i>	
90.—Mineral Taxation Act, R.S.S. 1965, c. 64, art. 25A, 28A [promulguée 1973-74, c. 65].....	576
<i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>	
91.—Mining Tax Act, R.S.O. 1960, c. 242 (actuellement R.S.O. 1970, c. 275).....	384
<i>Voir: FISCALITÉ</i>	
92.—Mining Tax Act, R.S.O. 1960, c. 242, art. 10(6)..	384
<i>Voir: DÉPENS</i>	
93.—Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, art. 492.....	620
<i>Voir: MUNICIPALITÉS</i>	

LOIS—Fin

- 94.—Municipal Taxation Act, R.S.A. 1970, c. 251, art. 45(1)e) 872
Voir: ÉVALUATION
- 95.—Potash Reserve Tax Regulations, 1974 576
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL
- 96.—Proceedings against the Crown Act, R.S.S. 1965, c. 87, par. 5(7) 576
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL
- 97.—Règles de la Cour fédérale, règle 307 422
Voir: DROIT MARITIME
- 98.—Règles de la Cour fédérale, règles 5 et 465 (1)c)... 566
Voir: PRATIQUE
- 99.—School Act, R.S.A. 1970, c. 329, art. 60, 61, 63(4), 64 872
Voir: ÉVALUATION
- 100.—Trustee Act, R.S.B.C. 1960, c. 390, art. 98 302
Voir: FIDUCIES ET FIDUCIAIRES

LOUAGE DE CHOSSES

Locaux loués à une entreprise de blanchisserie – Immeuble soumis à d'importantes vibrations après la mise en service de l'entreprise – Installation adéquate des machines – Sol défectueux à l'origine des vibrations – Le locataire n'est pas en faute – Rejet de la demande d'expulsion du locataire présentée par le propriétaire.

CHINOOK APPLIANCES LTD. C. WELLINGTON SQUARE HOLDINGS LTD., 601.

MARI ET FEMME

Exception déclinatoire – Résidence et domicile du défendeur – Action en annulation ou en déclaration de nullité du mariage – Code de procédure civile, art. 68, 70 – Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, c. C-19, art. 10.

DOYLE C. DOYLE, 198.

MÉDECINS ET CHIRURGIENS

Conseil de discipline – Faute professionnelle – Impartialité du conseil de discipline.

COLLÈGE DES MÉDECINS ET CHIRURGIENS DE L'ONTARIO C. CASULLO, 2.

MINES ET MINÉRAUX

Ingénieur-conseil employé par des compagnies pétrolières – Renseignements confidentiels recueillis au cours des travaux – Les conclusions concordantes sur les faits ne donnent naissance à aucune responsabilité.

GUYER OIL CO. LTD. *et autres* C. FULTON *et autre*, 791.

MUNICIPALITÉS

Expropriation de terrains – Indemnité fixée par arbitrage – Regional Board insatisfait du montant de l'indemnité – Arrêté d'abandon de l'expropriation pris à huis-clos – Validité de l'arrêté – Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, art. 492.

REGINA EX REL. CEDAR CRESCENT DEVELOPMENTS LTD. C. KELLY *et al.*, 620.

PRATIQUE

1. Cour fédérale – Interrogatoire préalable – Ordonnance citant un ministre de la Couronne à comparaître – Règles de la Cour ne visant qu'un fonctionnaire en poste au moment de l'interrogatoire – Recours à la pratique en vigueur dans une province non permis – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 46(1)a) – Règles de la Cour fédérale, règles 5 et 465 (1)c).

R. C. CAE INDUSTRIES LTD. *et al.*, 566.

2. Sommes d'argent versées sous protêt en attendant que l'on décide de la validité de la disposition fiscale – Requête pour la conservation d'une somme d'argent versée ne relève pas des Règles de procédure de la Saskatchewan – Règles 387 et 390 des Queen's Bench Rules.

AMAX POTASH LTD. *et al.* C. GOUVERNEMENT DE LA SASKATCHEWAN, 576.

3. Accusé acquitté d'une accusation visant une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité – Le ministre public a omis de poursuivre son appel par voie de procès de novo dans le délai prescrit – Ordonnance ex parte de prorogation du délai – Le juge de la Cour de district est privé de la compétence pour prononcer l'ordonnance de prorogation.

NEAL C. PROCUREUR GÉNÉRAL (SASK.) *et al.*, 624.

PREUVE

1. Présomptions – Fardeau de la preuve – Présomptions successives – Alternance du fardeau de la preuve – Effet de la preuve sur les présomptions – Force probante des présomptions.

POWELL C. COCKBURN, 218.

2. Preuve d'identité – Photographies – Preuve suffisante pour étayer la déclaration de culpabilité.

LAVALLÉE C. LA REINE, 626.

PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR

1. Action intentée par un sous-traitant qui n'a pas été payé contre le conseil d'administration d'un hôpital – Privilège ne pouvant être exercé et donnant lieu à une charge grevant la retenue – Ancienne loi abrogée et nouvelle loi adoptée avant l'audition de l'affaire – Les droits du sous-traitant ne sont pas modifiés – The Mechanics' Lien Act, R.S.S. 1965, c. 277,

PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR—Fin

modifiée par 1971, c. 30, art. 3 – The Mechanics' Lien Act, 1973 (Sask.), c. 62.

WESTEEL-ROSCO LTD. C. BOARD OF GOVERNORS OF SOUTH SASKATCHEWAN HOSPITAL CENTRE, 238.

2. Propriétaire – Personne au nom de laquelle les travaux sont effectués – Personne avec le concours et le consentement de laquelle les travaux sont effectués – Personne au profit personnel de laquelle les travaux sont effectués – Retenue – Le locataire est-il un entrepreneur? – The Mechanics' Lien Act, R.S.N.S. 1967, c. 178, art. 1a), d), 5, 10, 11, 12.

NORTHERN ELECTRIC CO. LTD. *et autres* C. CIE ASSURANCE-VIE MANUFACTURERS, 762.

PROCÉDURE CIVILE

Requête pour jugement déclaratoire – Aucune distinction entre recours préventif et recours curatif – Code de procédure civile, art. 2, 55, 453.

DUQUET C. VILLE DE SAINTE-AGATHE-DES-MONTS, 1132.

RELATIONS DE TRAVAIL

Grève illégale – Congédiement d'employés – Plainte alléguant des pratiques déloyales – Ordonnance du Conseil canadien des relations du travail réintégrant les employés congédiés – Décision selon laquelle les employés nommés dans la plainte étaient, en fait, membres du syndicat – Aucune présomption contre l'employeur – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, c. L-1, art. 184(3a)(i), 187 et 188 – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, c. I-23, art. 24(1).

CENTRAL BROADCASTING CO. LTD. C. CONSEIL CANADIEN DES RELATIONS DU TRAVAIL *et al.*, 112.

SERVICES PUBLICS

Permis de transporter du propane hors de l'Alberta, accordés à l'appelante par l'Energy Resources Conservation Board – Pouvoir de la Public Utilities Board d'empiéter sur les permis – Plan de répartition imposant aux propriétaires de certaines entreprises de gaz, dont l'appelante, d'approvisionner le marché de l'Alberta selon les conditions fixées par la Utilities Board – Utilities Board légalement justifiée à prendre en considération la quantité de propane produit par l'appelante dans un mélange destiné à être transporté hors de l'Alberta – Application par la Utilities Board des dispositions de l'art. 8 de The Administrative Procedures Act, R.S.A. 1970, c. 2 – The Gas Resources Preservation Act, R.S.A. 1970, c. 157 – The Gas Utilities Act, R.S.A. 1970, c. 158, art. 27e).

DOMESTIC PETROLEUM LTD. C. PUBLIC UTILITIES BOARD (ALBERTA) *et autre*, 822.

TAXE DE VENTE

Machine – Achat à tempérament – Montant de la taxe joint aux acomptes sur les prix d'achat – Machine subseqüemment exemptée de la taxe – Aucun droit de recouvrer la taxe payée avant l'exemption – Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1952, c. 100, art. 30 et modifications.

PRICE (NFLD.) PULP & PAPER LTD. C. LA REINE, 36.

TEXTES RÉGLEMENTAIRES

Infraction statutaire – Preuve du règlement – Connaissance d'office – Règlement sur la prévention de la pollution par les hydrocarbures, C.P. 1971-2005, DORS/71-495 – Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, c. S-9 (mod. S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 27, par. 3(2)) art. 727 et 730 – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 17, 20, 21 et 22 – Loi sur les textes réglementaires, 1970-71-72 (Can.), c. 38, art. 6, 11, 23 et 27.

R. C. "EVGENIA CHANDRIS", 97.

TITRES DE PROPRIÉTÉ

Priorités – Connaissance actuelle – Charge + Bail – Renouvellement de bail non enregistré – Acquéreur d'une tenure libre ayant connaissance d'un droit de tenure à bail – Droit du cessionnaire assujéti au droit de tenure à bail – The Land Titles Act, S.R.O. 1970, c. 234 et ses modifications, art. 78(1) et (2), 79(1), 85(5), 91, 94.

UNITED TRUST CO. C. DOMINION STORES LTD. *et autres*, 915.

TRIBUNAUX

1. Compétence de la Cour fédérale – Procédures devant être fondées sur une législation fédérale existante et applicable – Compétence pour connaître d'une réclamation de la Couronne du chef du Canada fondée sur un contrat – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 17 – Acte de l'A.N.B., 1867, art. 101 – Loi sur les travaux publics, S.R.C. 1970, c. P-38, par. 16(1).

MCMAMARA CONSTRUCTION (WESTERN) LTD. *et al.* C. LA REINE, 654.

2. Compétence de la Cour fédérale – Action en dommages-intérêts et en annulation de contrats – Demande de redressement en vertu d'une législation fédérale applicable – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 101 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 23.

QUEBEC NORTH SHORE PAPER CO. *et autres* C. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE *et autre*, 1054.

VÉHICULES AUTOMOBILES

1. Ivressomètre – Certificat d'analyse – Avis de l'intention de produire ce certificat – «Avis raisonnable» – Avis donné

VÉHICULES AUTOMOBILES—Suite

immédiatement après le test de l'ivressomètre – En première instance, l'accusé a été déclaré ivre au moment où l'avis lui a été signifié – Validité d'un avis signifié avant que ne soit faite la dénonciation – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 236 et 237.

R. C. HAMM, 85.

2. Travaux de voirie – Automobiliste heurtant un amoncellement de gravier sur la chaussée – Responsabilité partagée – Quantum – Intervention justifiée de la Cour d'appel.

SILBURN C. ANTAGON CONSTRUCTION CO. LTD., 271.

3. Défaut d'établir la négligence – Conclusions concordantes des tribunaux d'instance inférieure – Aucune raison d'infirmer.

PHILLIPS C. ROY *et al.*, 521.

4. Voiture immobilisée sur la voie de gauche – Autobus versant sur le côté après avoir quitté la partie pavée de la route

VÉHICULE AUTOMOBILES—Fin

– Intervention de la Cour d'appel sur une question de fait – Aucune erreur de principe – Code de la route, S.R.Q. 1964, c. 231, art. 50 (1) – Code civil, art. 1053.

VOYAGEUR PROVINCIAL INC. C. GUIDOLIN *et autres*, 1112.

VENTE

1. Clause résolutoire – Privilège de l'entrepreneur – Billet signé par le vendeur ne constituant pas une renonciation – Question de fait.

STENDEL C. MOIDEL *et al.*, 256.

2. Clause résolutoire – Privilège de l'entrepreneur – Engagement signé par le vendeur ne constituant pas une renonciation – Question de fait.

MECO ELECTRIC INC. C. LAWRENCE, 264.